

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES EFFETS, A L'ÉGARD DU MARI
DES
ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE
SOUS LES
DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT
Présentée et soutenue le 6 Juin 1899, à 2 h. 1/2

PAR

Émile PICARDA

ÉLÈVE TITULAIRE DE L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES ÉTUDES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants { M. BOISTEL, Professeur.
M. THALLER, Professeur.



CHALON-SUR-SAONE
IMPRIMERIE DE L. MARCEAU, E. BERTRAND, Succ^r
5, RUE DES TONNELIERS, 5

—
1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES EFFETS, A L'ÉGARD DU MARI
DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

SOUS LES

DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES EFFETS, A L'ÉGARD DU MARI
DES
ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE
SOUS LES
DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1899, à 2 h. 1/2

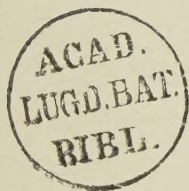
PAR

Émile PICARDA

ÉLÈVE TITULAIRE DE L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES ÉTUDES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants { M. BOISTEL, Professeur.
 { M. THALLER, Professeur.



CHALON-SUR-SAONE

IMPRIMERIE DE L. MARCEAU, E. BERTRAND, Succ^r
5, RUE DES TONNELIERS, 5

1899

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

DES EFFETS, A L'ÉGARD DU MARI

DES

ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

SOUS LES

DIFFÉRENTS RÉGIMES MATRIMONIAUX

1. — La loi française admet sur un pied d'égalité absolue, et sans aucune entrave, la femme et l'homme aux professions commerciales. Il n'y a dans nos Codes aucune incapacité *propter sexum* dont la femme serait frappée relativement au commerce. Cependant la femme qui se livre au négoce sort de la vie privée, abandonne sa fonction de ménagère. Les lois romaines étaient peu favorables à la femme commerçante. Montesquieu dans l'*Esprit des Lois*, ch. xiv, liv. XXI, nous dit que la loi de Constantin, après avoir déclaré bâtards les enfants des personnes viles qui se sont mariées avec celles d'une condition relevée, confond les femmes qui ont une boutique de marchandises, avec les esclaves, les cabaretières, les femmes de théâtre, les filles d'un

homme qui tient un lieu de prostitution. Le mépris de l'exercice du commerce est une des caractéristiques de la civilisation romaine. Il n'en est pas de même chez nous aujourd'hui. La statistique prouve que sur ce point la loi est d'accord avec les mœurs. Sur un million et demi de commerçants, il ne faut pas compter moins de deux cent cinquante mille femmes, soit environ un sixième.

2. — La femme peut donc faire le commerce, et sa situation juridique est la même que celle de l'homme. Il en est ainsi quand elle est fille ou veuve, majeure ou émancipée. Mais par le fait du mariage la femme redevient incapable, si elle s'est mariée majeure ou émancipée; elle voit son incapacité continuer pendant toute la durée du mariage, si elle s'est mariée mineure et non émancipée (art. 1124 du C. civ.). La conséquence de cette incapacité est de la rendre inhabile aux actes de la vie juridique. Elle ne peut valablement les accomplir qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice (art. 217 et suiv. du C. civ.).

Ainsi, en présence d'un acte de commerce fait par une femme mariée, une première question se pose: cet acte est-il valable? La réponse devra être affirmative ou négative, suivant que la femme a été ou n'a pas été autorisée. Dans cette der-

nière hypothèse, l'acte sera annulable, conformément aux articles 225 et 1125 du C. civ.

3. — Cette première question n'est pas celle qui doit faire l'objet de cette étude, mais nous y toucherons cependant, car elle est étroitement proche de la seconde que fait naître tout acte de la femme mariée commerçante. Il s'agit de déterminer quelle répercussion va avoir sur la situation juridique du mari l'acte accompli par la femme. Il va de soi qu'une modification dans le patrimoine du mari ne pourra avoir lieu, du chef de la femme, que si l'acte est valable, c'est-à-dire a été accompli par une personne capable. Cela est exact du moins, si l'on se place au point de vue du passif. La nullité qui frappe les actes d'une femme non autorisée est, suivant l'expression consacrée, relative. Elle ne peut être invoquée que par certaines personnes, la femme, le mari ou leurs héritiers, d'après l'article 225 du Code civil. L'article 1125 du même Code dénie ce droit à la personne capable qui a contracté avec la femme non autorisée. Il est très vraisemblable que le mari, dans le cas où l'acte de la femme augmenterait son passif à lui, mari, demandera la nullité de l'acte, par exemple de l'obligation contractée par sa femme sans son autorisation. Dans l'hypothèse inverse, celle d'un acte de la femme non autorisée, de nature à ac-

croître l'actif du mari, il est plus que probable qu'il n'invoquera pas la nullité de l'acte, qui a engendré une créance par exemple. Il agira même pour en obtenir le recouvrement, et par suite, d'après le système admis actuellement par la jurisprudence, il sera regardé comme ayant autorisé sa femme postérieurement à l'acte. Dès lors, pratiquement, et la pratique n'est jamais négligeable, l'incapacité de la femme ne sera invoquée par le mari ou ses héritiers, que lorsqu'il y aura intérêt pour le mari à ne pas subir les conséquences de l'acte.

Dans quelle mesure le mari va-t-il tirer profit de l'acte accompli par sa femme, sera-t-il tenu des dettes à l'inverse? comment et dans quelle mesure? Autant de problèmes dont la solution ne peut être unique. Il s'agit ici, en effet, non plus de capacité, mais de pouvoirs. Or, les pouvoirs de la femme, à l'égard du mari, varient suivant les divers régimes matrimoniaux. Le Code de commerce distingue au point de vue du passif, mais la distinction est aussi exacte au regard de l'actif, suivant qu'il y a ou non communauté entre les époux.

4. — Nous suivrons cette division et nous envisagerons dans la première partie de cette étude les effets des actes de la femme commerçante, par rapport au mari, sous les régimes

impliquant communauté. Dans une deuxième partie, nous étudierons les effets de ces mêmes actes dans les régimes de non-communauté. Enfin nous examinerons, dans un appendice, la protection accordée aux gains de la femme dans certaines législations étrangères.



PREMIÈRE PARTIE

RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

PREMIÈRE PARTIE

Régimes de Communauté

5. — Le mot *communauté* est pris ici dans un sens large, c'est toute société établie par la loi ou par contrat entre époux.

Peu importe le degré d'extension: communauté universelle, communauté légale, communauté réduite aux acquêts.

La portée de l'expression *communauté* ainsi déterminée, nous examinerons au point de vue de l'actif et à celui du passif, les effets des actes de la femme commerçante à l'égard du mari.

CHAPITRE PREMIER

EFFETS DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE A L'ÉGARD DU MARI, AU POINT DE VUE DE L'ACTIF

6. — Ces effets varient suivant qu'on envisage la situation du mari à l'égard des tiers ou à l'égard de sa femme.

§ 1. — *Effets à l'égard des tiers*

Les tiers dont il s'agit ici sont ceux qui sont devenus les débiteurs de la femme commerçante. Le droit de créance étant meuble tombe dans la communauté. Ce résultat a lieu sans qu'il y ait à distinguer suivant que la femme a contracté avec ou sans le consentement de son mari.

Les créances de la femme commerçante font donc partie de l'actif de la communauté. A qui appartiendra l'exercice de ces droits en justice ? On pourrait concevoir une réponse unique. La femme a contracté, elle seule peut agir. Pour cela, il faudra naturellement qu'elle soit autorisée par son mari ou par justice. La femme mariée commerçante, dont le cercle de l'activité juridique est largement agrandi, puisqu'elle peut sans autorisation spéciale s'obliger personnellement, engager, hypothéquer et même aliéner ses immeubles (articles 5 et 7 du Code de commerce), est cependant incapable d'ester en justice sans autorisation spéciale (article 215 du Code civil). Cette autorisation accordée, il serait admissible que la femme commerçante pût ester en justice, pour les besoins de son négoce, quel que fût son régime matrimonial. C'était, l'autorisation mari-

tale en plus, le système de l'ancien droit. Nous y reviendrons.

Le système admis actuellement n'est pas aussi simple. Le fait que la créance a été acquise par la femme ne suffit pas à lui attribuer l'exercice de l'action. Cette attribution d'exercice est une question de régime matrimonial. La solution varie. Dans les régimes de communauté, aux termes de l'article 1421 du Code civil, le mari administre seul les biens de la communauté. Recouvrer judiciairement une créance est un acte qui rentre dans les pouvoirs que la loi confère au mari seul.

7. — Il faut remarquer cependant que la femme mariée sous un des régimes de communauté n'aura, dans un cas, ni à recourir à l'autorisation de la justice ou du mari, ni à s'inquiéter de son régime originaire pour exercer les actions résultant des contrats commerciaux. Il en est ainsi depuis la loi du 6 février 1893, qui a pour objet de régler les effets de la séparation de corps. Deux dispositions sont à retenir actuellement de cette loi, qui a formé l'article 311 nouveau du Code civil. La séparation de corps rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile, dès lors plus d'autorisation à demander. Le législateur a voulu mettre fin à des abus. Des maris peu scrupuleux n'hésitaient pas à tirer profit de

la nécessité dans laquelle se trouvait leur femme séparée, de recourir à l'autorisation maritale. Particulièrement, dans l'hypothèse qui nous occupe, celle d'une femme mariée commerçante, voulant recouvrer une créance, il y avait là pour ces maris une aubaine aussi fructueuse qu'immorale. D'autres, dans un but vexatoire, refusaient leur consentement et forçaient ainsi la femme à recourir à justice, ce qui occasionnait retard et frais, inconvénients très grands en matière commerciale.

Mais cette première modification à la capacité de la femme mariée séparée de corps, tout en s'appliquant à toutes les femmes mariées séparées de corps, ne modifierait pas la situation des femmes que les régimes de communauté excluent de l'exercice de leurs droits. Aussi le deuxième alinéa de l'article 311 du Code civil, qui avant la loi du 6 février 1893, formait à lui seul l'article précité, dispose que la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. La communauté est dissoute (article 1441, Code civil), et le nouveau régime, ainsi que nous le verrons dans la 2^e partie, la séparation de biens, laisse à la femme l'exercice de ses actions.

§ 2. — *Effets entre époux*

8. — Tant que dure la communauté, le mari a des pouvoirs très considérables. L'article 1421 du Code civil lui donne le droit de vendre, d'aliéner et d'hypothéquer sans le concours de la femme les biens qui font partie de la communauté. Il ne voit limiter ses pouvoirs de disposer à titre gratuit que s'il s'agit des immeubles de la communauté, ou de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Pour ce qui est de disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, toute liberté lui est laissée, à la condition qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (1422, Code civil).

Le mari peut donc céder les créances que sa femme commune a pu acquérir par le fait de son négoce, il peut aliéner à son gré le fonds de commerce, vendre les marchandises, dissiper les deniers.

8 *bis*. — La communauté dissoute, les pouvoirs du mari prennent fin (article 1441, Code civil). Il y a lieu, à ce moment, de faire un partage: l'actif devra être partagé par moitié. Mais il se peut que des opérations préalables soient nécessaires. La liquidation met en effet trois patrimoines en présence: le patrimoine propre de la femme, le

patrimoine propre du mari et les biens communs.

Dans certains cas il arrive qu'un de ces patrimoines, durant la communauté, s'enrichisse aux dépens d'un des autres ou de tous les deux. Pour rétablir l'équilibre, on procédera à des récompenses.

Voyons s'il en peut être ainsi lorsque la femme est commerçante.

Le fonds de commerce est considéré comme un bien mobilier, donc il tombe en communauté. Il en est ainsi dans les régimes de communauté légale ou universelle. A quelque époque qu'ait été créé ou acquis le fonds de commerce, avant ou après la célébration du mariage, il fera partie de l'actif de la communauté. Les bénéfices du commerce, quel que soit leur caractère juridique, de fruits ou de produits, provenant d'un bien commun, le fonds de commerce, seront communs.

9. — Mais le fonds de commerce exploité par la femme mariée peut avoir le caractère d'un propre. C'est ce qui arrivera dans le régime de communauté réduite aux acquêts pour le fonds de commerce appartenant à la femme antérieurement au mariage. Même sous le régime de communauté légale et de communauté universelle, le cas peut se présenter, et cela, pendant la communauté. Le Code civil admet en effet la

validité de la condition par laquelle le donateur ou le testateur prétend exclure de la communauté le bien donné ou légué (article 1401, alinéa 1).

Pothier, au n° 102 de son *Traité de la Communauté*, justifiait ainsi cette exclusion qui lui a été empruntée: « La raison est qu'il est au pouvoir de celui qui donne d'apposer à la donation telles conditions ou restrictions que bon lui semble: *unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere*. D'où il suit que les choses données à l'un des conjoints ne peuvent entrer dans la communauté de biens en laquelle il est avec l'autre conjoint, lorsqu'elles n'ont été données qu'à la charge qu'elles n'y entreraient pas. »

Le fonds de commerce ainsi propre à la femme va-t-il être exclu de la communauté, ou au contraire y tomber sauf récompense? La jurisprudence actuelle et la plupart des auteurs admettent que le mobilier propre ne tombe pas en communauté. Mais la difficulté n'est pas résolue, car ces mêmes auteurs et cette même jurisprudence font exception pour les choses qui se consomment *primo usu* ou qui sont destinées à être vendues. Pothier, au n° 325 de son *Traité de la Communauté*, motivait de la sorte cette exception « Les meubles réalisés (c'est-à-dire stipulés propres) étant des choses qui se consomment par

l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage; pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer; sans quoi la communauté n'en pourrait pas avoir la jouissance. Il a fallu aussi pour conserver au conjoint son droit de propriété sur les meubles qu'il a réalisés, lui donner une créance de reprises de la valeur des effets réalisés, qu'il aura le droit d'exercer contre la communauté lors de sa dissolution. » — On assimile aux objets consommables *primo usu*, et dont la communauté aura droit de disposer, sauf récompense, les objets qui par leur nature sont destinés à être vendus (Guillouard, *Traité du Contrat de mariage*, t. III, n° 1473).

Quels sont les éléments qui composent un fonds de commerce? Ce sont le titre ou enseigne, l'achalandage ou clientèle, le droit au bail, le matériel, les créances, les marchandises et les fonds de roulement. On voit immédiatement que certains de ces éléments sont consommables par

le premier usage, ainsi les fonds de roulement; d'autres destinés à être vendus, les marchandises; tandis que le titre, l'achalandage, le droit au bail et le matériel d'exploitation ne sont nullement consommables *primo usu* ou destinés à être vendus.

La solution semble donc devoir être mixte, les droits de la première catégorie resteront propres à la femme commerçante, ils ne tomberont pas en communauté. Ceux de la deuxième catégorie au contraire deviendront communs, à charge de récompense. Dans ce second cas, la femme commerçante a contre la communauté un droit de créance; dans le premier, elle a un droit de propriété, elle agit en revendication sans avoir à redouter l'insolvabilité de la communauté, car en vertu de son droit de propriété elle jouit de deux prérogatives: un droit de suite et un droit de préférence.

De plus, si elle subit la perte résultant de la dépréciation qu'a éprouvée son mobilier, elle profite en revanche de l'augmentation de sa valeur. Pour les créances tant qu'elles ne sont pas touchées, elles restent propres et ne tombent pas en communauté. Une fois réalisées, les deniers deviennent communs, à charge de récompense.

Le mari d'ailleurs, en vertu de ses pouvoirs

d'administrateur des biens de sa femme, a le droit de toucher ses créances.

Le droit du mari se trouve transformé en un quasi-usufruit, ce résultat est la conséquence du caractère temporaire du droit de créance.

Cette opinion, qui considère chacun des éléments du fonds de commerce comme devant, suivant leur nature individuelle, subir un sort différent, paraît bien être en harmonie avec la réalité des faits. Elle est cependant contestable au point de vue de l'analyse juridique. Les auteurs et les arrêts considèrent en effet le fonds de commerce comme une *universitas juris*, un ensemble de droits, comme une succession forme un tout qui se suffit à lui-même.

Si les éléments du fonds forment ainsi un tout indivisible, il est arbitraire et contraire aux données du droit d'en opérer le démembrement pour déterminer quels sont, à leur égard, les droits du mari. « L'usufruit établi sur un fonds de commerce porte directement sur ce fonds considéré comme *universitas*, distinct par conséquent des marchandises destinées à l'alimenter. C'est donc un usufruit proprement dit, et non un quasi-usufruit.

« L'usufruitier ne devient pas propriétaire des marchandises, mais il a le pouvoir de les vendre, puisqu'il est obligé de continuer l'exploitation

du fonds de commerce. A la fin de l'usufruit, l'usufruitier devra restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris, sauf indemnité pour les marchandises qui manqueront» (Huc, *Commentaire de Code civil*, t. IV, n° 133).

10.— Il y a une question voisine de celles que nous venons de traiter, qui est vivement controversée.

L'estimation du fonds de commerce exclu de la communauté, vaut-elle vente? L'affirmative s'appuie sur deux articles du Code civil :

L'article 1851 dispose qu'en matière de société, si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation.

L'autre article est relatif au régime dotal. Il décide également que l'estimation du mobilier dotal vaut vente. « Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier. » Ces solutions doivent être étendues, dit-on, au fonds de commerce propre. D'ailleurs, ajoute-t-on, si l'on n'interprète pas ainsi l'estimation, on ne peut lui trouver aucune signification.

Nous ne croyons pas que cette extension soit justifiée. C'est commettre une confusion que vouloir identifier juridiquement la communauté entre époux avec la société.

Évidemment la communauté est une société, mais si elle fait partie du genre, elle en est une espèce particulière. La différence fondamentale c'est que la Société comporte une intention de lucre, une idée de gain, qui n'est pas le but de la communauté entre époux. D'autre part, la règle romaine : *Æstimatio venditio est*, est spéciale au régime dotal. C'est une interprétation traditionnelle des pays de droit écrit. Il n'y a aucune raison historique de croire que cette règle ait été adoptée dans les régimes matrimoniaux des pays de coutume. Au point de vue juridique, la différence des régimes de communauté et du régime dotal ne permet pas d'admettre l'assimilation. Les uns sont fondés sur une sorte de société, de communauté d'intérêts et de droits ; l'autre au contraire est basé sur une séparation, une distinction rigoureuse des deux patrimoines des époux.

Le dernier argument n'est pas plus décisif. Est-il impossible de trouver une autre interprétation, un autre sens à l'estimation ? La jurisprudence et la doctrine nous fournissent la réponse. Un arrêt de la cour de Grenoble fournit une première interprétation.

Il s'agissait de meubles appartenant au mari et exclus par contrat de mariage. Mais les raisons sont identiques quand il s'agit du mobilier, en l'es-

pèce, du fonds de commerce, appartenant à la femme ou à elle échu durant la communauté. Dans ce dernier cas, évidemment, l'acte portant estimation ne pourra être le contrat de mariage. Le contrat de mariage ne peut en effet être dressé qu'avant le mariage, mais l'estimation pourra être constatée dans un inventaire ou un état en bonne forme, par exemple. Nous verrons d'ailleurs qu'il y a des distinctions à faire suivant que la preuve doit être administrée à l'égard du mari ou des créanciers de la communauté. Sous le bénéfice de ces observations voici l'attendu de, l'arrêt de la Cour de Grenoble en date du 20 mars, 1876 :

« Attendu que par cette estimation les futurs époux on eu la double intention de suppléer à ce qui pourrait manquer en force probante aux états ou documents justificatifs de l'avoir mobilier du mari, pour lui en conférer la propriété personnelle; d'aider à la liquidation de la société d'acquêts en prêtant toute l'autorité du contrat de mariage à la constatation de cet avoir, en permettant de retrouver les valeurs personnelles conservées, de mieux les distinguer des valeurs aliénées avec ou sans emploi, et de circonscrire dans leur véritable capital celles qui ont la mobilité de la monnaie courante ou des choses fongibles. »

Et M. Labbé en note de cet arrêt, dans le recueil de Sirey de l'année 1898, 1^{re} partie, p.5, fournit aussi de très bons motifs pour expliquer lebut de l'estimation:

« Peut-être, dit-il, l'estimation n'a été faite que pour le cas où l'on ne pourrait prouver quelles étaient les valeurs mobilières au moment du contrat, ni en suivre les transformations; s'il s'agit de meubles corporels, peut-être les époux auront voulu fixer par avance le montant de l'indemnité qui serait due en cas de dégradation. »

Ainsi l'estimation peut être considérée comme un moyen de déterminer la responsabilité de l'usufruitier. Il peut cependant résulter des circonstances de la cause que l'intention des parties était que l'estimation valût vente. C'est là une question laissée à l'appréciation des juges.

Dans le cas contraire, il faut rechercher sur quel élément ou quels éléments du fonds de commerce ils ont voulu faire porter l'estimation. Ce peut être sur les marchandises. L'estimation aura alors pour effet de déterminer l'étendue de la restitution. Mais il se peut que l'estimation ait porté sur le fonds de commerce tout entier. Le matériel, les marchandises, l'enseigne, sont restitués, mais l'achalandage a diminué considérablement ou même a complètement disparu. La

communauté usufruitière devra indemniser la femme dans la mesure du préjudice, de la perte éprouvée.

Une objection se présente à l'esprit. La femme propriétaire du fonds de commerce, l'exploite par hypothèse, et l'exploite seule, car sans cette condition, elle ne serait pas réputée marchande publique (arg. article 5, Co.). La profession de commerçante suppose la liberté d'accomplir rapidement les opérations commerciales. La loi a si bien reconnu la nécessité de cette initiative, qu'elle a dispensé la femme de recourir pour chaque acte à l'autorisation maritale. N'est-il pas inique de faire retomber sur le mari les conséquences de la mauvaise gestion de la femme qui est libre, indépendante, et par conséquent doit-être, seule responsable? La réponse est facile. Le mari, par le fait de l'autorisation générale qu'il accorde à la femme, n'en reste pas moins le chef du ménage. Il doit à ce titre surveiller les agissements commerciaux de sa femme. Lorsqu'il voit que le commerce périclité, il a le droit de retirer son autorisation ou de prendre l'affaire en main. Ainsi, la clause d'estimation aura ce résultat heureux d'intéresser le mari à la surveillance de l'exploitation commerciale de sa femme.

11. — Telles sont les conséquences au point de vue de l'actif, quant au mari, de l'acte

d'acquisition, par la femme mariée, d'un fonds de commerce ayant le caractère de propre. Il reste à envisager ainsi que nous le faisons pressentir plus haut, le sort juridique des résultats heureux du commerce exercé par la femme. Il s'agit des bénéfices commerciaux du fonds de commerce qui lui est propre.

Leur caractère est l'objet de controverses : sont-ce des fruits, sont-ce au contraire des produits ?

Nous retrouverons cette question dans notre deuxième partie à propos du droit de jouissance du mari dans les régimes de non-communauté. Aussi bien est-ce pour ces régimes que l'intérêt est le plus fréquent, ajoutons que c'est à leur propos que les auteurs dissertent sur le caractère juridique des bénéfices commerciaux. Nous nous contenterons ici d'indiquer l'intérêt de la question sous les régimes de communauté.

Les bénéfices commerciaux, s'ils sont des fruits, tombent en communauté. L'article 1401-2° du Code civil qui édicte cette disposition, a voulu lever un doute. On aurait pu croire en effet que le principe étant que ce qui provient d'un propre ne tombe pas en communauté, au moins sans récompense.

La communauté est usufruitière des biens propres des époux. Il faut en conclure 1° que la

communauté acquiert par la perception les bénéfices commerciaux qui sont des fruits industriels. Les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 585-586). Il faut remarquer qu'habituellement la communauté cesse de percevoir les fruits du jour où elle est dissoute. Pour les opérations industrielles ou commerciales commencées pendant la durée de la communauté et terminées après sa dissolution, on fait une distinction au sujet de l'attribution du profit.

Si l'opération est indivisible, dit M. Guillouard, au n° 1456 du tome III de son *Traité du contrat de mariage*, s'il s'agit d'un marché unique dont l'exécution a commencé pendant le mariage pour se terminer après la dissolution de la communauté, la communauté aura droit à tous les profits, car c'est le marché lui-même avec toutes ses conséquences qui est entré en communauté. Si au contraire il s'agit d'entreprises successives, la communauté (d'acquêts) n'aura droit qu'aux bénéfices des entreprises terminées avant la dissolution. »

La deuxième conclusion qu'il faut tirer de ce que les règles de l'usufruit sont applicables, sauf certaines restrictions, à la communauté, c'est qu'elle n'a pas droit aux produits des propres qui n'ont pas le caractère de fruits. La loi donne un exemple :

« Les coupes des bois et les produits des carrières et usines, dit l'article 1403, al. 1. du Code civil, tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation ». Cela revient à dire que pour ce qui n'est pas usufruit il n'y a pas communauté, ou du moins ces valeurs ne deviennent communes qu'à charge de récompenses ou indemnité au profit de l'époux propriétaire du fonds. L'article 1403, al. 3, le dit. Si les carrières et les mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due. » Cette solution doit être étendue aux bénéfices commerciaux s'ils ne sont pas les fruits, mais les produits d'un fonds propre.

12. — Deux points restent à traiter : à qui incombe la charge de prouver que le fonds de commerce est propre ; comment se fera cette preuve. ?

La règle est que, dans les régimes de communauté, tous les biens possédés par les époux, à la dissolution du mariage, sont réputés communs. L'article 1401 énonce cette présomption pour la communauté légale ; l'article 1499 le répète pour la communauté réduite aux acquêts. C'est donc

à l'époux qui se prétend propriétaire d'un propre qu'il incombe de faire la preuve ; dans notre hypothèse, ce sera à la femme.

Alors se pose la deuxième question, comment la preuve va-t-elle être faite ? Il faut tout d'abord distinguer suivant que la femme se trouve en présence de son mari ou des créanciers de celui-ci,

Au regard du mari, il y a lieu de savoir à quel moment le fonds de commerce a appartenu à la femme. Si elle l'avait avant le mariage, l'article 1499, dit-on, est applicable. Il faut un inventaire ou un état en bonne forme. S'il lui est échu pendant le mariage, le défaut d'inventaire se tourne contre le mari, la femme ou ses héritiers pouvant établir par toute espèce de preuves, par témoins et même par commune renommée, la consistance du fonds de commerce. C'est ce qui résulte de l'article 1504. A la vérité, cette disposition vise le régime qui exclut le mobilier de la communauté.

Mais on a fait remarquer que cette disposition doit être étendue. D'abord parce que les régimes de communauté sont analogues au point de vue des biens qui restent propres. Ensuite cette facilité de preuve est le remède nécessaire à la position subordonnée de la femme pendant le mariage, de l'impossibilité où elle est de faire constater la consistance du bien qu'elle a recueilli.

Au regard des créanciers du mari, la femme, en droit commun, ne peut administrer d'autres preuves que celles de l'article 1499. Il faut, de toute nécessité, un inventaire ou un état en bonne forme. On admet généralement que les époux ne peuvent déroger à cette règle par une clause de leur contrat de mariage. En effet, si l'on pouvait stipuler au profit de la femme la faculté de reprendre les meubles qu'elle justifierait avoir apportés « par tous genres de preuve, même par commune renommée, les tiers seraient à la merci des reconnaissances plus ou moins complaisantes faites par l'un des époux au profit de l'autre. » Certains auteurs pensent que l'article 1510 du Code civil est applicable dans notre hypothèse. Il vise la situation des époux en face des créanciers personnels de l'un d'eux lorsqu'ils ont inséré dans leur contrat de mariage la clause de séparation des dettes. La preuve du caractère propre du mobilier est encore plus stricte. Il faut que la constatation soit faite par un inventaire ou état authentique.

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, on voit que les modes de preuves sont fort rigoureux. En est-il de même lorsqu'il s'agit pour la femme de revendiquer un fonds de commerce qu'elle prétend lui appartenir à titre de propre ? La jurisprudence, les recueils ne mentionnent

qu'un arrêt qui admet que les termes de l'article 1499 ne sont pas restrictifs et que la preuve peut être admise d'une manière plus large lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce. Voici l'espèce (D., 1835, 2, 32, Jaullain et Bourdeau, art. 1499). Un fonds de commerce est constaté par contrat de mariage. Il forme l'apport de l'épouse dans la communauté réduite aux acquêts.

Quelques mois après, un créancier du mari fait saisir les meubles composant le fonds de commerce. La femme Bourdeau revendique ces meubles comme lui étant propres. Jaullain oppose qu'en vertu de l'article 1499 C. civ, le fonds de commerce et les objets qui le composent sont réputés acquêts, faute d'inventaire ou d'état en bonne forme.

Jugement du Tribunal de la Seine qui rejette ce dernier système :

« Attendu que si en principe et d'après les termes de l'article 1499, C. civ, tout le mobilier existant lors du mariage est réputé acquêt de communauté lorsqu'il n'aura pas été fait lors du mariage un état exact et en bonne forme, cette disposition peut cependant n'être pas appliquée dans toute sa rigueur à l'égard d'un objet mobilier *désigné* dans le contrat de mariage, lorsqu'il est certain qu'il n'a pas changé de nature ;

» Attendu que les meubles qui composent un

fonds de commerce de marchand de meubles ne peuvent être confondus avec le mobilier des époux;

» Attendu que du contrat de mariage de sieur et dame Bourdeau, en date du 24 mars 1834, il résulte que le fonds de commerce établi quai des Augustins, n° 3, et dans lequel la saisie du 14 juin a été pratiquée, a été apporté par la dame Bourdeau; qu'elle se l'est constitué en dot et l'a formellement exclu de la communauté.

» Attendu que les objets qui s'y trouvaient lors de la saisie du 14, n'étaient autres que ceux qui le composaient au moment du mariage; que ce fonds de commerce à la gestion duquel Bourdeau n'a jamais pris part jusqu'au moment du mariage et jusqu'à la saisie, ayant le dit Bourdeau constamment occupé un logement rue Saint-Antoine, n° 11, ne peut être revendiqué par lui, et ne peut non plus servir de gage à ses créanciers.

» ARRÊT. — La Cour, adoptant les motifs des premiers juges, confirme. »

Cet arrêt est particulièrement intéressant pour nous. L'espèce visée cadre en effet exactement avec le sujet de cette étude. La femme était propriétaire d'un fonds de commerce, exclu de la communauté. De plus, elle était commerçante, exerçant un commerce séparé. Enfin, il n'y avait ni inventaire ni état en bonne forme à pouvoir opposer aux poursuites des créanciers du mari.

Le fonds avait été simplement désigné dans un acte authentique.

MM. Rodière et Pont, au n° 1274 du tome II de leur *Traité du Contrat de mariage*, adoptent cette interprétation large du texte. « Il faut néanmoins, disent-ils, réserver le cas où une constatation susceptible par sa nature, autant qu'un inventaire ou un état en bonne forme antérieur au mariage, d'éloigner la pensée d'une surprise ou d'une fraude de la part des époux, justifierait la distinction réclamée par l'un d'eux en établissant d'une manière certaine, irrécusable, la qualité de propre dans un mobilier qui n'aurait point été inventorié. » Le fonds de commerce est un meuble dont l'existence et la consistance ne peuvent être l'objet d'incertitude ni l'occasion de fraudes.

Telle est la situation du mari ou de ses créanciers, au point de vue de la preuve à faire contre eux par la femme agissant en revendication d'un meuble propre. Il faut examiner maintenant la situation du mari débiteur de biens propres de sa femme tombés en communauté et la situation des créanciers du mari vis-à-vis de la femme créancière des valeurs propres.

La femme se présentera de la sorte pour réclamer l'équivalent des bénéfices commerciaux qui, s'ils sont des produits, sont devenus communs, sauf indemnité, nous l'avons vu précédemment.

Il en sera de même pour les marchandises du fonds de commerce, si l'on adopte la solution mixte.

Jusqu'en 1884 on ne faisait pas de différence entre la situation de la femme créancière ou propriétaire. On distinguait seulement suivant que la femme faisait valoir ses droits contre son mari ou contre les créanciers de celui-ci. Dans le 1^{er} cas, l'article 1504 s'appliquait, dans le 2^e c'était l'article 1499. Mais en 1884 une nouvelle opinion fut émise par M. Bufnoir sous un arrêt de la Cour de Dijon, en date du 4 février 1884 (Sirey, 85, 2, 25). Le principe de la distinction est tout autre. L'article 1499 supposerait une action réelle en revendication, l'article 1504 une simple reprise en valeur. La femme, dans cette dernière hypothèse, est autorisée à faire la preuve, soit par titre, soit par témoins, soit même par commune renommée, sans distinguer si l'on se trouve en présence du mari ou de ses créanciers.

La différence s'explique, la femme en revendiquant prime les autres créanciers, ici au contraire elle vient au marc le franc. Il est vrai que l'hypothèque légale garantit sa créance, mais elle ne sera dans cette situation privilégiée que si le mari a des immeubles.

La fraude d'ailleurs est plus à redouter lorsqu'il y a constitution de propres que lors d'une reconnaissance de dette. C'est pourquoi la loi a pris

dés précautions pour prévenir les tiers contre le premier de ces dangers et non contre le second.

La Cour de Cassation, malgré cette saisissante démonstration, a cassé l'arrêt de Dijon. Il faut reconnaître que la solution de la jurisprudence a l'avantage de se fonder sur une règle pratique. La loi est presque toujours plus exigeante, au point de vue de la preuve, contre les tiers qu'entre les parties. La loi exige des formalités, tel l'enregistrement; des formes solennelles comme la renonciation au greffe, etc. De plus, on a fait remarquer que le système de la Cour de Dijon donne une importance exagérée à la différence des reprises : quand la femme se présente comme créancière, il faut qu'elle prouve qu'elle a été propriétaire. Donc c'est revenir à exiger la preuve de la propriété. Quant à l'argument de texte, les rédacteurs du Code civil ne se sont pas aperçus de la différence.

CHAPITRE II

EFFETS DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE A L'ÉGARD DU MARI, AU POINT DE VUE DU PASSIF

Nous avons à examiner, dans ce deuxième chapitre, quels sont, à l'égard du mari, les effets des actes de la femme commerçante, de nature à influer sur le passif. Nous les étudions toujours sous les régimes de communauté.

13. — Trois hypothèses sont possibles. — Tout d'abord, la femme peut avoir contracté, dans le sens le plus large du mot, sans aucune espèce d'autorisation. Son obligation est viciée, elle est entachée d'une nullité relative, et parmi les personnes qui peuvent se prévaloir de cette nullité figure le mari (225, C. civ.). La femme mariée, non autorisée est incapable. Elle est aussi sans pouvoir, le mari n'est nullement tenu, la communauté ne l'est pas davantage (v. article 1426 du Code civil).

14. — La femme peut, en second lieu, avoir contracté avec l'autorisation de justice, mais sans l'autorisation du mari.

C'est une question fort discutée que celle de savoir si la femme peut être autorisée de justice à

faire le commerce. L'affirmative est peu soutenue en doctrine. On présente plusieurs sortes d'arguments. L'autorisation maritale, dit-on, est la règle, article 217 du Code civil, celle de justice l'exception, articles 218, 219, 221, 222, 224 du Code civil, et 861 du Code de procédure civile. L'autorisation de justice ne peut être accordée que pour des actes déterminés, lorsqu'il s'agit de passer un acte, d'ester en jugement, de contracter, mais non de faire le commerce. D'ailleurs l'article 4 du Code de commerce exige le consentement du mari.

Les travaux préparatoires du Code de commerce (Locré, *Législat. civ.*, t. XVII, p. 132-136) sont invoqués à l'appui de cette thèse que la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce. Les rédacteurs ne se sont préoccupés que de ce fait : à savoir que le mari n'ignorait pas le commerce entrepris par sa femme, sans parler de l'autorisation de justice. Les risques, ajoutet-on, sont particulièrement graves. La femme change ses habitudes et sa manière de vivre. Elle peut s'engager personnellement et même aliéner et hypothéquer ses immeubles (art. 5 et 7 du C. de comm.). Elle est passible de la faillite, de la banqueroute. Il est inadmissible que la femme puisse ainsi, contre le gré de son mari, engager la communauté et les biens du mari. Or, la loi

(articles 220, Civ. 1426, Civ., et 560) suppose que la femme commerçante engage la communauté, c'est donc qu'il faut l'autorisation du mari.

Les partisans de cette opinion sont les premiers à en reconnaître les inconvénients. Par exemple, la famille est sans ressources et le commerce paraît, dans l'hypothèse, devoir sortir la famille de l'embarras. L'autorisation de justice pourrait suppléer à celle du mari, non seulement en cas d'incapacité, quand le mari est interdit ou absent, mais encore en cas de refus du mari. On peut dire, en effet, que c'est le droit commun, qu'en cas de refus du mari la femme peut recourir à justice (art. 218, Civ., 219, 220); aucun texte ne commande une dérogation. Enfin la justice appréciera. Ce contrôle est préférable à une défense absolue, peut-être désastreuse pour la femme, le mari et les enfants. La jurisprudence est hésitante, mais d'une façon à peu près constante, elle n'accorde l'autorisation de faire le commerce que si les époux sont séparés de biens. Nous avons vu que s'ils sont séparés de corps et de biens, aucune autorisation n'est nécessaire (article 311, Civ. Loi du 6 février 1893).

Quels seront les effets, quant au mari, des obligations contractées par la femme autorisée par justice à faire le commerce? Nous avons vu en étudiant l'actif que la communauté profitait des

gains. Sera-t-elle tenue à l'inverse des charges? Il n'en est rien. Tout le monde est d'accord sur ce point. D'ailleurs la loi est formelle. L'article 1426 du Code civil dispose: « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de la justice n'engagent point les biens de la communauté. » La femme, par le fait de l'autorisation de justice à défaut de celle du mari, n'acquiert qu'un seul droit, celui de s'obliger valablement. Elle est relevée de son incapacité, donc son obligation ne peut être annulée. Quels sont ses pouvoirs? Elle ne peut obliger la communauté sur laquelle elle n'a aucun pouvoir. La femme n'a d'autres biens que la nue propriété de ses propres, la jouissance en ayant été abandonnée à la communauté. C'est cette nue propriété seule qu'elle peut engager.

Jusqu'ici l'article 1426 ne présente pas de difficulté. Mais à la lecture du dernier membre de phrase de l'article 1426, il semble qu'il y ait une dérogation au principe posé, et cela justement en ce qui concerne la femme commerçante: « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, *si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce.* » Il paraît bien résulter de la fin du texte que la femme commer-

cante autorisée de justice engage les biens de la communauté.

L'article 220 du Code civil semble renforcer ce sens : « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce... » Pris à la lettre, l'article 220 du Code civil et l'*in-fine* de l'article 1426 signifieraient que la femme peut entreprendre un commerce sans autorisation du mari, et que ses actes engagent la communauté. Cette interprétation est inadmissible. Elle se heurte aux précédents historiques auxquels les rédacteurs du Code ne semblent pas avoir voulu déroger, et à l'article 4 du Code de commerce qui dispose que la femme ne peut être marchande publique, sans le consentement de son mari.

L'antinomie n'est qu'apparente. La solution se trouve dans le rapprochement des articles 4 et 5 du Code de commerce. Le principe est posé par l'article 4, la femme ne peut être marchande publique sans le *consentement* de son mari. L'article suivant dispose, et ceci est de l'application, que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'*autorisation* de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. Cela signifie simplement que la femme ne peut faire le commerce sans l'assentiment de son mari, mais que

cet assentiment une fois donné, elle ne sera pas obligée de le requérir à nouveau pour chacun des actes relatifs à son commerce. L'autorisation, au lieu d'être *spéciale*, est *générale*. L'article 220 du Code civil exprime la même idée. Quant à l'article 1426, le sens est le même, mais on est bien obligé de reconnaître que sa rédaction laisse à désirer. Il faut distinguer la partie majeure de l'incise. La restriction formulée *in fine*, a-t-on dit, porte sur la partie majeure de la proposition, et non sur l'incise *et même avec l'autorisation de la justice*. « En d'autres mots, pour comprendre la restriction finale de notre article, dit M. Baudry-Lacantinerie, il faut le lire en supprimant les mots *et même avec l'autorisation de la justice*. » Ainsi compris, l'article 1426 reproduit la règle des articles 220, Civ., et 5 du Code de commerce. Pour être commerçante, la femme a besoin de l'autorisation maritale (article 4 du Code de commerce), mais pour les actes relatifs à son négoce, aucune autorisation spéciale n'est nécessaire. L'obscurité résulte de la terminologie défectueuse employée par les rédacteurs du Code. Ils auraient dû joindre au mot *autorisation* un qualificatif : spéciale, générale, ou donner un sens précis aux mots *consentement*, *autorisation*. Dans l'article 4 du Code de commerce, *consentement* veut dire *autorisation générale*. Dans l'ar-

ticle suivant, autorisation signifie autorisation spéciale. De même dans l'article 220 Civ. En adoptant cette terminologie, les auteurs du Code auraient dû employer le mot *autorisation* et non *consentement*.

Nous admettons pour notre part cette explication, en faisant toutefois une réserve. Les résultats auxquels elle aboutit sont exacts, mais le point de départ nous paraît moins juste. L'idée fondamentale est la différence entre l'autorisation spéciale et l'autorisation générale. Ce n'est pas en envisageant sous ce caractère l'autorisation qu'on peut expliquer historiquement les textes qui sont l'objet de notre interprétation. Le premier texte légal qui rapproche les deux mots d'autorisation (autrefois on disait plutôt autorité), est l'article 223 de la Coutume de Paris: « La femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité et consentement exprès de son mari. » Nos anciens auteurs avaient grand soin de différencier ces deux termes et de mettre en garde contre toute confusion. Autorité et consentement ne sont pas termes synonymes, dit Ferrière, au n° 23 de son commentaire de l'article 223. L'article 234 de la Coutume de Paris ne parlait que du *consentement*, « une femme mariée ne se peut obliger sans le *consentement* de son mari, si elle est marchande publique. » La différence *essentielle*

c'est que l'*autorité* est *toujours expresse*, à peine de nullité. C'était de tradition: on allait même jusqu'à exiger le terme même par écrit: J'autorise. *Autorité* ou *consentement exprès* sont donc synonymes. Il en est différemment du terme *consentement*, qui n'a pas nécessairement de caractère *exprès*; dès lors, le *consentement* peut être défini une autorisation *tacite*. Les anciens auteurs et la vieille jurisprudence étaient unanimes sur ce point. Aussi Ferrière pouvait écrire sous l'article 234 que la femme marchande publique peut valablement s'obliger sans l'*autorisation* de son mari. « Ce qui est fondé, ajoutait-il (article 234, p. 359), sur la faveur du commerce et sur la foi publique, qui requiert que la femme s'oblige en conséquence de la seule liberté que le mari lui donne de trafiquer publiquement: c'est pourquoi il faut qu'il le sache et en ait connaissance. »

Loysel en ses *Institutes coutumières*, titre des personnes, article 38, ne tient pas un autre langage: « Enfants de famille sont tenus pour autorisés de leurs pères et maris en ce qui est du fait des marchandises dont ils s'entremettent à leur su. »

« Ce qui est fort juste, continue Ferrière, car le mari permettant à la femme de trafiquer et ne

l'empêchant pas, il est censé consentir aux obligations qu'elle contracte par ce moyen. »

Les articles 4 et 5 du Code de commerce ne font que reproduire la tradition ; article 4 : la femme ne peut être marchande publique sans le *consentement* de son mari, c'est-à-dire sans son assentiment tacite. Elle peut sans l'*autorisation* de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, c'est dire que les actes seront valables, bien qu'il n'y ait pas eu *consentement exprès*. L'article 1426 a très certainement visé le *consentement exprès*, l'expression *ou l'autorisation de justice* montre assez qu'il s'agit d'autorisation et non de consentement dans le sens historique qu'il faut donner à ces termes.

Du caractère *exprès* de l'autorisation est résultée naturellement la spécialité, comme du caractère tacite du consentement a découlé la généralité. Ce sont des qualités secondaires que les auteurs modernes ont prises pour primordiales. La rectification n'a qu'un intérêt doctrinal, puisque pratiquement les résultats sont les mêmes.

Même dans les cas où les obligations contractées par la femme n'engagent pas la communauté, faute d'autorisation du mari, les auteurs et la jurisprudence (Chb. civile rejet, 3 février 1830) admettent que la communauté peut être poursuivie par l'action de *in rem verso* jusqu'à concurrence du

profit qu'elle a retiré des actes passés par la femme,

15. — Reste la troisième hypothèse : la femme commune fait le commerce du consentement du mari. Sur quels patrimoines obligations vont-elles répercuter ?

L'article 1409-2° répond à cette question : la dette contractée par la femme du consentement du mari tombe en communauté. Le droit de poursuite des créanciers est réglé par l'article 1419 : « Les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme... »

Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce rappellent ces principes pour les appliquer aux obligations contractées par la femme commerçante.

Il résulte de ces textes que la femme engage trois patrimoines : le sien, celui de la communauté et celui du mari.

Que la femme s'oblige, c'est l'application du principe que qui s'oblige oblige le sien (article 2092, Civ.). La femme est tenue personnellement, de sorte que le fait de renoncer à la communauté ne la décharge pas des obligations contractées du consentement du mari (article 1494 du Code civil).

La femme ne peut engager, sous les régimes de communauté, que la nue propriété de ses biens.

16. — Si ses créanciers peuvent poursuivre leur gage sur l'usufruit des biens de la femme, c'est qu'ils ont le droit de poursuivre la communauté. Deux questions se posent : Comment est obligée la communauté ? Quelles sont les raisons de son obligation ?

Sur le premier point deux opinions sont en présence. Les uns prétendent que la communauté est obligée directement, et ils étayent leur raisonnement sur cette considération que la communauté est un être moral ayant un patrimoine distinct. Il y a même dans ce sens un arrêt de la cour de Lyon du 25 juillet 1858 (Sirey, 59, 2, 615). Il résulterait de là que la communauté serait liée pour le reste de la dette, même après la libération du mari. Mais alors elle serait tenue plus étroitement que si le mari avait contracté lui-même, ce qui est inadmissible. D'autre part, on s'accorde généralement aujourd'hui à ne pas voir dans la communauté une personne morale distincte de celle des époux. La Cour de cassation qui depuis environ six ans admet la personnalité de la société civile, n'a pas étendu cette doctrine à la communauté conjugale (Req., 10 février 1896. D., 96, 1, 1559).

D'autres pensent que par le fait de l'autorisation le mari est censé renoncer tacitement à ses

droits sur les biens communs. « L'autorisation du mari, d'après Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 78, donne à la femme commune en biens le *pouvoir de charger* des dettes qu'elle contracte par l'acte pour lequel elle est autorisée, la communauté. »

Les partisans de la seconde opinion disent au contraire que la communauté n'est engagée qu'indirectement. La femme est dans une condition trop subordonnée pour pouvoir charger la communauté. Celle-ci n'est tenue que parce que le mari lui-même est tenu, c'est en quelque sorte un contre-coup, une répercussion de l'obligation du mari. C'est cette doctrine que nous adoptons. Nous nous efforcerons de la justifier lorsque nous expliquerons la façon dont le mari est tenu.

Quoi qu'il en soit, que la communauté soit engagée directement ou indirectement, le gage des créanciers va porter sur des droits dont l'exercice n'est plus ou n'a jamais été aux mains de la femme. On en donne deux justifications : une d'équité, l'autre de droit et de raison. Tout d'abord, dit-on, il est équitable que les profits du commerce, tombant en communauté (sauf les distinctions faites au précédent chapitre), celle-ci soit tenue des obligations. C'est l'application de la règle : *Ubi emolumentum ibi onus*.

Il faut bien reconnaître que cet argument, qui

peut avoir une certaine valeur en tant que règle d'équilibre, n'est pas décisif dans notre espèce. Il peut arriver, en effet, que l'émolument subisse la force attractive de la communauté sans que le passif devienne commun. Il en est ainsi, avons-nous vu, quand l'obligation a été contractée par la femme, avec l'autorisation de justice (art. 1426, Civ.). Si la communauté est redevable de ce qu'elle a touché, du profit qu'elle a tiré de l'opération, ce n'est pas en vertu de la règle, le passif suit l'actif, mais par ce qu'il est de principe, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

En raison et en droit, dit-on en second lieu, il est juste que la communauté soit obligée. La femme associée, copropriétaire, ne peut contracter des obligations sur le fonds commun à cause de la maîtrise du mari (1421, Civ.). Si le mari approuve, la femme est dans la situation d'une associée à laquelle on a donné pouvoir d'obliger la société (article 1864, Civ.).

Cette raison a sa valeur, mais il faut être très prudent dans l'extension à la société conjugale des règles du droit commun. C'est une société *sui generis* ayant des principes spéciaux.

17.— Non seulement la femme oblige ses biens et ceux de la communauté, mais les biens du mari sont le gage des créanciers de la femme qui s'est

obligée du consentement de son mari. C'était la solution d'un grand nombre de Coutumes, entre autres de celles de Paris. « Une marchande publique s'oblige et oblige son mari, touchant le fait et les dépendances de la marchandise. » C'était l'expression en langue technique de l'adage coutumier : « Le tablier de la femme oblige le mari. »

La situation juridique du mari doit être envisagée à trois points de vue, dans ses rapports avec les créanciers de sa femme, dans les droits de ses créanciers sur l'actif commercial de la femme, enfin dans ses rapports avec sa femme.

§ 1. — *Rapports du mari avec les créanciers de la femme par lui autorisée*

18.— Une considération domine toute la question : la nature, de l'obligation du mari. Déterminer cette nature c'est dire comment le mari est tenu, s'il l'est personnellement ou en vertu d'un principe spécial ; c'est délimiter l'étendue de son obligation ; c'est savoir si le lien est à son regard, commercial ou civil, c'est même considérer ou ne pas considérer le mari comme commerçant.

Mais aussi la matière est difficile et délicate.

Les textes du Code sont insuffisants, l'historique peu ou mal connu. Les conséquences du parti qu'on prend sont particulièrement graves, puisque la compétence civile ou commerciale, la loi applicable, l'état juridique (la qualité de commerçant ou de non-commerçant) avec la responsabilité pénale de la faillite et de la banqueroute dépendent de la solution qu'on adopte.

Le principe: *Qui auctor est non se obligat*, auquel on se heurte tout d'abord, présente une première difficulté. C'est une règle romaine liv. XXVI, tit. 8, loi 75 d'Ulpien : *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*). Mais on ne peut se prévaloir de l'origine romaine de cette maxime, car on en reconnaît l'application dans notre droit actuel, bien qu'aucun texte ne le dise expressément. C'est ainsi qu'on admet que le conseil qui est donné au prodigue, n'est nullement tenu des obligations contractées avec son assistance. Bien plus, le mari lui-même n'est pas obligé, par le fait de son autorisation, dans les régimes de non-communauté. Comment se fait-il qu'il en soit autrement sous les régimes de communauté?

On ne compte pas moins de trois explications : la théorie de la confusion, la théorie de la société, enfin celle du mandat.

19. — La première doctrine est celle qui

compte le plus grand nombre d'adhérents, au moins actuellement. Certains auteurs l'adoptent d'une façon expresse, en motivant leur adhésion; d'autres implicitement en reconnaissant comme justes des conséquences qui résultent de la confusion. La jurisprudence est dans le même sens. La question pratique qui a été l'objet de ses décisions était de qualifier au point de vue civil ou commercial l'obligation du mari. Un arrêt de la Cour de Paris, du 25 janvier 1895 (D., 95, 2, 230) déclare que l'obligation du mari est purement civile, que dès lors des litiges auxquels elle peut donner lieu sont de la compétence des tribunaux civils.

Le mari, ajoute cet arrêt, ne peut être tenu que comme caution dans les termes des articles 5 du Code de commerce et 220 du Code civil. « Mais en réalité, comme on l'a fort bien dit, le mari n'est qu'un débiteur de fait, dont les biens personnels se trouvent libérés dès que cessent ses pouvoirs et qui ne se trouvera désormais avoir à subir l'effet de l'obligation de la femme que parce qu'il prendra une certaine part des biens communs (Lacoste, *Revue critique de Législat.*, 1883, p. 744).

L'auteur qui a développé de la façon la plus saisissante la théorie de la confusion est M. Laurent. Voici comment il s'exprime au n° 70 du

tome XXII, de ses *Principes de Droit civil* :
« Pourquoi les créanciers ont-ils action sur les biens du mari, quoique le mari n'ait point parlé au contrat ? C'est une conséquence du principe établi par l'article 1409 : la dette de la femme autorisée entre dans le passif de la communauté ; or, toute dette de communauté peut être poursuivie sur les biens du mari, puisque les biens du mari et les biens communs ne forment qu'un seul et même patrimoine pour tout ce qui concerne les actes à titre onéreux ; le créancier qui a action sur le patrimoine de la communauté a donc nécessairement action sur le patrimoine du mari, de même que le créancier qui action sur les biens du mari a action sur les biens de la communauté. C'est en ce sens que l'on dit que toute dette de communauté est une dette du mari et que toute dette du mari est dette de communauté. En définitive, si le mari peut être poursuivi sur ses biens personnels quand il autorise sa femme à contracter, ce n'est pas parce qu'il est débiteur personnel : il est impossible que l'on soit débiteur personnel sans que l'on ait parlé au contrat ; or, le mari qui consent à ce que sa femme s'oblige ne s'oblige pas, donc il n'est pas débiteur personnel. Il est tenu sur ses biens, parce que ses biens se confondent avec ceux de la communauté, et que la

communauté est tenue des dettes que la femme a contractées avec son consentement. Mais la confusion des deux patrimoines cesse à la dissolution de la communauté; dès lors le mari cesse d'être tenu, sur ses biens, de dettes que la femme a contractées avec son autorisation, en ce sens qu'il n'est tenu que comme époux commun en biens, c'est-à-dire pour moitié. Il n'est pas tenu comme débiteur personnel, car il ne l'a jamais été. »

On invoque les conséquences fâcheuses et particulièrement dures pour le mari qui se produisent, si l'on admet qu'il est tenu personnellement. En effet, dans cette hypothèse, dit-on, le concordat accordé à la femme en faillite ne profite pas au mari (Paris, 19 fév. 1845; D., 45, 4, 89). « Si l'on admet le principe, la conséquence est évidente, dit M. Laurent (*Droit civil*, t. 22, n° 71). Mais la conséquence ne témoigne-telle pas contre le principe? La femme a seule parlé au contrat, elle seule a promis, elle est libérée par le concordat, et le mari qui n'est tenu qu'à raison de l'engagement de sa femme, sans avoir parlé au contrat, serait tenu indéfiniment! »

Cet argument ne porte pas, car il faut dire de quelle façon le mari est tenu personnellement. Nous verrons qu'il peut l'être tout en bénéficiant du concordat accordé à la femme. Quant au fonds

de la théorie, il ne nous semble pas admissible. L'article 1422, Civ., en est une preuve. Les tiers qui auront reçu à titre de donation un immeuble commun se verront évincés. C'est donc que la loi a considéré qu'ils étaient en faute pour n'avoir pas discerné la qualité de commun du fonds. Il est vrai que M. Laurent, ne fonde la confusion qu'au regard des créanciers à titre onéreux. C'est reconnaître la faiblesse du système : il y a confusion à un point de vue et pas à l'autre ! Il semble pourtant que la solution doive être absolue : il y a ou il n'y a pas confusion. D'ailleurs, même à l'égard des créanciers à titre onéreux, cette théorie ne résiste pas à l'examen. On admet, en effet, que les dettes de la femme antérieures au mariage ne peuvent pas être poursuivies sur les propres du mari. Et cependant ces dettes tombent en communauté (article 1409-1°).

L'erreur est venue de l'article 1419. Cette disposition est rédigée d'une façon objective. Il n'y est nullement parlé de l'obligation du mari : « Les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme. »

Mais l'article 5 du Code de commerce dissipe cette illusion ; il dit très formellement : La femme

oblige le mari. A moins de torturer le sens des mots, le mari est *débiteur*, donc tenu personnellement. Reste à dégager le caractère juridique du lien.

Les théories que nous avons maintenant à exposer, ont pour point de ressemblance de considérer le mari comme personnellement tenu. Les divergences naissent quand il s'agit d'apprécier le caractère implicite de l'autorisation maritale.

20. — Elle vaudrait comme consentement du mari à faire avec sa femme commerçante une véritable société commerciale. Non seulement le mari est tenu commercialement, mais il serait lui-même commerçant. « Le mari, maître de choisir le mode d'emploi des biens communs, a qualité pour entreprendre le commerce, sans avoir obtenu l'adhésion préalable de sa femme, et cet accord spécial à défaut duquel nulle société n'existe, manque ou peut manquer. Tandis que si l'on renverse la situation, la convention des deux époux se détache du régime matrimonial, condition sans laquelle il est impossible de concevoir de la part de la femme, la prise de possession de la communauté. L'association domestique se tourne vers le commerce. Le mari autorise sa femme et confie à son exploitation des valeurs communes; l'établissement, ainsi que nous l'avons déjà dit, est dirigé au nom et pour

le compte des deux conjoints. Qu'est-ce à dire? La silhouette d'une société commerciale se profile et non pas, qu'on le remarque bien, d'une manière confuse ou approximative, mais sous des traits frappants. »

Ainsi s'exprime M. Thaller, dans une étude remplie de vues originales, sous le titre : *De la Faillite des différents commerçants* (*Revue critique de Législation*, p. 38, année 1883). C'est pousser bien loin la hardiesse que de voir dans la société conjugale une société en nom collectif, et cela par le seul fait que la femme exerce le commerce.

L'auteur a été forcé de reconnaître que le consentement tacite du mari ne peut suffire en la forme, et il exige un contrat formel, publié d'après les règles propres aux sociétés. N'est-ce pas admettre implicitement que le fait de consentir n'est pas suffisant pour faire du mari un associé en nom ?

D'ailleurs, au fond, il n'est pas exact de comparer le mari à un semblable associé, car les associés en nom peuvent s'obliger réciproquement, tandis que si la femme peut obliger le mari, celui-ci ne peut jamais obliger la femme. Quant à prétendre que l'établissement commercial est dirigé au nom et pour le compte des deux conjoints, c'est, pensons-nous, aller contre

la règle que, seule, est commerçante, la femme qui exerce un commerce *séparé*. Si la communauté conjugale « s'extériorisait » sous la forme d'une société en nom collectif, le mari se mêlant du commerce, deviendrait commerçant, tandis que la femme cesserait d'avoir cette qualité.

21. — L'autorisation du mari, dans une troisième opinion, vaut mandat. Il faut que l'obligation de la femme devienne d'abord dette du mari pour frapper ensuite les biens communs. La femme est tenue parce que l'intention des époux est qu'elle soit caution en même temps que mandataire.

D'ailleurs, ajoute-t-on, la théorie du mandat est seule conciliable avec le principe de l'autorité du mari comme chef et de l'immutabilité du régime matrimonial. Le mari peut confier à sa femme des biens communs; ou bien la femme emprunte, mais le résultat de l'emprunt tombe en communauté. Est-ce un transport des droits du mari effectué dans un contrat de mariage? L'article 1388 prohibe semblable convention; postérieurement au mariage, permettre à la femme de gérer des biens communs, n'est-ce pas déroger aux conventions matrimoniales, article 1395 du Code civil? Du moment que le mari est impérativement chef de la communauté, il faut qu'il parle à tous les contrats qui l'inté-

ressent. « A l'égard de la communauté, conclut M. Thaller (*Revue critique* de 1883), l'autorisation équivaudra à un mandat, non pas précisément parce que l'intention des parties s'est dessinée en ce sens, mais parce qu'il est impossible de lui attribuer un caractère différent sans tomber dans l'illégalité. »

Cette objection de principe tombe devant le caractère restreint de l'abandon que le mari fait à la femme. Il n'en est pas moins le chef de la communauté, c'est lui qui gère l'ensemble des biens communs. Son autorité comme chef de la communauté conjugale est si peu atteinte qu'il peut à son gré et quand bon lui semble, enlever son autorisation à sa femme commerçante.

De même cet abandon de pouvoirs, à raison de son objet restreint et de sa précarité, ne porte pas atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales. On peut, s'il est permis de raisonner par analogie, invoquer les articles 1577 et suivants. La femme séparée de biens peut, d'après ces textes, donner mandat à son mari d'administrer tout ou partie de ses biens, quoique d'après le contrat de mariage il ne dût pas avoir cette administration. Ne peut-on admettre l'inverse?

Considérer la femme commerçante comme mandataire de son mari est inconciliable avec la disposition de l'article 5 du Code de commerce,

qui ne considère la femme comme préposée de son mari que lorsqu'elle ne fait pas un commerce distinct. Si la femme est mandataire, elle ne s'oblige pas, mais le mari et la communauté sont obligés, article 1420. Il est dès lors arbitraire de la considérer comme tenue en qualité de caution de son mari. La femme est tenue parce qu'elle s'engage *proprio nomine*, agissant d'une façon indépendante relativement à l'exercice de son commerce. Nous admettons, en revanche, que le mari est tenu commercialement, pour le tout, sans aller jusqu'à prétendre qu'il est commerçant.

22. — Les explications qui ont été fournies jusqu'ici ne nous satisfont pas. Notre œuvre ne sera pourtant pas une critique négative détruisant tout sans rien remplacer. Les anciens auteurs seront nos guides dans une entreprise qui n'a de révolutionnaire que l'apparence, mais qui, en réalité, est la restauration d'une doctrine admise en pays coutumier. La solution qu'ils nous indiquent en termes formels répond, selon nous, à la fois à l'équité et aux besoins de la pratique.

Dans quelle catégorie juridique peut être rangée l'action contre le mari? « Je croy que le mary est tenu *utili actione institoria*, » répond Guy Coquille dans ses *Questions et Responses*, n° 104. Renatus Choppinus, à la page 141 du livre 2 de son *De Moribus Parisiorum*, traitant

du lien du mari, renvoie au Digeste, au titre de l'*actio exercitoria*. Loysel (t. 1^{er}, n^o 57), renvoie à l'*actio institoria*, de même de Ferrière sous l'article 234 de la Coutume de Paris, p. 359.

On ne peut viser plus clairement la catégorie d'obligations du droit romain, à laquelle on entend se référer. Il s'agit de l'*actio institoria*. Mais avant d'étudier « par le menu », suivant l'expression de Guy Coquille, l'adaptation de cette théorie, il faut savoir sur quel fondement repose cet emprunt à la loi romaine.

Ce serait une erreur de croire que c'est par pur esprit d'imitation que nos anciens auteurs ont été déterminés. Notre ancien droit, même en pays de droit écrit, à évolué et n'a conservé de la jurisprudence romaine que les éléments assimilables. Si donc on a été chercher dans le Digeste des règles qui pouvaient régir les rapports du *paterfamilias* et ceux du mari coutumier avec les créanciers du *filiusfamilias* et de la femme marchande publique, c'est que cette adaptation correspondait à un double besoin de crédit et d'équité. Les femmes en pays coutumier étaient rarement dotées, au moins jusqu'au XVI^e siècle, et quand elles l'étaient, leurs dots n'avaient pas une grande importance. L'apport de la femme consistait plutôt en pouvoir de collaborer, en sa faculté d'accroître par son économie, sa bonne

gestion, sa « mesnagerie », comme on disait jadis, les ressources communes. La femme commerçante n'avait, la plupart du temps, d'autres biens que ceux à elle confiés par son mari. Les tiers qui contractaient avec une femme marchande prenaient en considération non pas le mince pécule de leur débitrice, mais les ressources du patrimoine du mari. « Aussi est-il *juste*, dit de Laurière sous Loysel (chapitre 57), que les pères et les maris qui ont ainsi autorisé leurs femmes et leurs enfants soient tenus de leurs contrats et qu'il y ait action contre eux. » — C'est d'autant plus *équitable* « que le mari profite de tout le gain que fait sa femme, puisqu'il fait partie de la communauté dont le mari est le maître » (De Ferrière, *Compilat. sur la Cout. de Paris*, article 234, p. 365).

Non seulement l'équité commande qu'il en soit ainsi, mais l'intérêt même des époux l'exige. Le commerce ne vit que de crédit et la femme n'en aura aucun si le mari n'est pas tenu. Cette raison n'a pas échappé à Beaumanoir : « Car autrement seroient moult de bone gent honi qui baillent le lor à teles manières de femes, et eles meismes en perdoient lor marceandises » (Ch. XLII, n° 28). — On a demandé au droit romain le vêtement juridique pour donner à la nécessité pratique l'aspect d'un principe de droit.

Nous pouvons, maintenant que nous avons justifié l'emprunt fait à la loi romaine, descendre dans le détail, étudier la théorie « par le menu ».

A première vue, on ne conçoit pas que le mari soit tenu d'un contrat auquel il n'a pas parlé.

C'est la grosse objection, nous l'avons vu, que font les partisans de la doctrine de la confusion. Matériellement la chose est exacte, le mari ne parle pas au contrat, mais une fiction vient remédier aux inconvénients qui résulteraient de ce que le mari reste étranger à l'acte. En même temps que par sa « patience » souffrant que sa femme fasse le commerce, pouvant l'en empêcher, il l'habilite (Guy Coquille, 104). *Il est censé*, dit de Ferrière (*Compil. sur la Cout. de Paris*, art. 234, p. 359), *consentir aux obligations qu'elles contractent* par ce moyen : *equum Prætori visum est, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos et contractibus ipsorum et conveniri* dit la loi I, *De inst. action.* Par cette raison non seulement elles s'obligent, mais elles *obligent aussi leurs maris* pour le fait de la marchandise et du négoce dont elles se mêlent à l'exemple des pères de famille et des maîtres, lesquels étaient obligés par les contrats faits par leurs enfants en puissance ou par leurs esclaves, et ils pouvaient être poursuivis par l'action *quod jussu*, par l'action

tributaire et autre. Tot. tit. *Instit. quod cum eo qui in aliena potestate est*. Aussi le mari peut être poursuivi et exécuté sur ses biens...

Il ne faut pas conclure de là que le mari est un mandant, car lui seul serait obligé dans notre droit moderne où la représentation est admise. Il ne donne pas un mandat, mais son *adhésion* aux conséquences, ici aux obligations de l'acte accompli par sa femme.

Les auteurs du siècle dernier ne sont pas moins précis. « Si la femme est marchande publique et fait un commerce séparé de celui de son mari, dit Lebrun (*Traité de la Communauté*, livre II, ch. 2, sect. 2, du droit de la femme sur la communauté, n° 7), en contractant elle oblige non seulement la communauté, mais la *personne* de son mari... Le mari est même contraignable par corps, répète-t-il après Ferrière (Cout. de Paris, art 234). Et Pothier nous donne la raison, si le mari est obligé par les actes de la femme commerçante, « c'est que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que fait sa femme à son vu et su renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait qui en dépendent et une *accession de sa part aux obligations qui ennaissent* » (*De la communauté*, n° 254). Lebrun (*De la communauté*, liv. 2, ch. 2, n° 7, p. 220) donne la même raison.

L'autorisation maritale en l'espèce, et au point de vue des obligations qui en naissent à l'égard du mari, correspond au *jussum* romain. La critique moderne a précisé le sens exact de cette expression. L'acception récente du mot *jubere* et de ses dérivés est une idée d'ordre. Primitivement, et c'est ce qui importe, le *jussum* était une adhésion, une déclaration par laquelle on assumait les conséquences d'un acte.

. « C'est le sens du mot *jubere*, dit M. Girard (*Manuel de Droit romain*, 1^{re} édit., p. 646, note 3), dans l'interrogation adressée par le magistrat au peuple, *Velitis jubeatis Quirites?* où précisément le droit du peuple de refuser cette adhésion a conduit au sens moderne d'ordonner. La portée primitive du mot s'est mieux conservée en droit privé, où le *jussum patris* donné pour le mariage de l'enfant n'est pas un ordre, mais une déclaration qu'il assume les conséquences de ce mariage, les enfants qui en naîtront; où le *jussum patris aut domini* donné pour l'adition d'une hérédité dévolue à la personne en puissance, est une déclaration qu'il assume les conséquences de cette adition, les dettes héréditaires. Il n'en est pas autrement du *jussum* par lequel le père assume *jure prætorio* les conséquences du contrat de la personne en puissance. La meilleure preuve en est qu'à la différence de l'ordre qui ne pou-

vaît être adressé qu'à la personne en puissance, avant l'acte, le *jussum* peut être adressé au tiers avant ou après l'acte.» Ainsi les nécessités de la pratique avaient fait distinguer à nos anciens auteurs le sens exact et la portée du *jussum* qui n'est pas un ordre, mais une adhésion aux conséquences de l'acte, une accession aux obligations qui en naissent, comme dit excellemment Pothier.

Le mari est donc tenu personnellement. Il nous reste à savoir dans quelle mesure, quelle est la nature de son obligation, civile ou commerciale, et par suite la compétence, enfin le mari est-il commerçant?

Le paterfamilias ou le maître est obligé pour le tout : *in solidum*. Gaius au commentaire IV, § 70 de ses Institutes, *Act. ex cont. fil. vel servis*, approuve cette solution.

Celui qui a conclu l'affaire a fait plutôt crédit au père ou au maître qu'au fils ou à l'esclave. Ainsi est justifiée cette dérogation, car d'après le droit commun la dette se divise en autant de fractions qu'il y a de débiteurs. Le but est d'éviter que cette division de la dette fasse courir au créancier les risques de l'insolvabilité du préposé. De même dans notre droit moderne le mari est un débiteur solidaire, il est tenu *in solidum* pour les mêmes raisons que le paterfamilias ou le maître à Rome.

L'action institoire donnée contre le maître ou le père de famille présente néanmoins un caractère accessoire, qui tient très vraisemblablement de la fiction d'adhésion, en vertu de laquelle le préposant est tenu. Ainsi l'acceptilation, la novation et le pacte de remise qui s'appliquent à la dette du fils ou de l'esclave libèrent du même coup le père ou le maître (L. 13, § 1, *de inst. Act.*, XIV, 3). De même la *mora* du fils réfléchit contre son père (L. 32, § 3, *de Usur.*, XXII, 1).

Les obligations sont distinctes contre le père ou la personne *alieni juris* : l'une peut être cautionnée sans l'autre (L. 21, § 2, *de Fid.*, XLVI, 1), et la poursuite contre le père ou le maître ne libère ni la personne *in potestate* ni ses fidéjusseurs (L. 50, § 2, *de Pec.* L. 84, *de Sol.* XLVI, 3).

Toutes ces solutions nous semblent parfaitement applicables au mari de la femme marchande publique. Le payement est aujourd'hui le mode d'extinction le plus usuel, donc à part ce léger détail, nous croyons applicables les règles romaines.

23.—Il y a lieu toutefois de faire une restriction au point de vue de la distinction des actions. Il y a bien un double lien de créancier étant en présence de deux débiteurs, le mari et la femme, mais doit-il y avoir une double action ? Oui, en droit romain.

Dans notre droit actuel la réponse varie suivant qu'on considère le mari comme tenu civilement ou commercialement. Dans la première hypothèse, la femme commerçante serait actionnée devant le tribunal de commerce, et le mari devant le tribunal civil, ce qui peut entraîner une contrariété de décision peu désirable pour une bonne administration de la justice; ce qui entraîne certainement des frais doubles. Si les deux juridictions sont saisies en même temps, comme il y a connexité entre les deux affaires, le tribunal de droit commun, c'est-à-dire le tribunal civil, pourra faire joindre les deux causes. Il n'en est pas moins vrai que cela ne sera possible que si les instances sont pendantes au même moment, hypothèse probablement peu fréquente, car il est à présumer que l'on n'actionnera le mari au civil que si la femme n'a pas pu remplir ses engagements après avoir été poursuivie devant la juridiction consulaire. Même en admettant que la juridiction civile soit saisie des deux actions, on est bien obligé de reconnaître que les frais sont plus coûteux et la procédure plus lente que devant la juridiction commerciale. Il y a donc désavantage pour tout le monde, et pour le demandeur et pour les défendeur.

Dans la seconde hypothèse, le mari est tenu commercialement. C'est notre opinion. Ce n'est

pas être trop audacieux que d'argumenter de la similitude du droit prétorien avec le droit commercial. Or, en droit romain le *paterfamilias* était tenu *jure prætorio* (G., IV, 70), nous pouvons traduire commercialement, dans une hypothèse comme celle-ci où il s'agit d'une action née d'opérations commerciales.

On objecte que le mari peut être regardé comme une caution et que l'obligation de la caution même d'une dette commerciale n'est pas nécessairement commerciale.

Cela est vrai en principe, mais dans notre cas c'est inexact. L'obligation de la caution devient en effet commerciale quand la caution a un intérêt dans l'opération garantie.

Personne ne prétendra que le mari en supposant qu'il joue le rôle de caution ne soit intéressé, puisqu'il est tenu du passif et profite de l'actif. Donc même en admettant comme vrai, que le mari soit caution comme il est caution intéressée d'une dette commerciale, son obligation est commerciale.

D'ailleurs, si l'on admet notre théorie suivant laquelle le mari est tenu en vertu d'une adhésion tacite aux conséquences de l'acte accompli par la femme commerçante, il n'y a pas de difficulté.

La juridiction commerciale avec sa procédure rapide et peu coûteuse est un avantage surtout pour le créancier, car souvent les lenteurs des

procès civils dissimulent un besoin de gagner du temps de la part du défendeur pour trouver de l'argent. Le mari, par le fait de son adhésion, a donc admis que les créanciers de la femme marchande publique jouiraient des avantages que leur conférait la nature de leur droit, au point de vue de la compétence.

La solution consacrée dans l'ancien droit était fort simple. La femme pouvait être poursuivie sans qu'elle eût pour se défendre à se faire autoriser par son mari et la sentence obtenue contre elle devant la juridiction des marchands était exécutoire contre le mari, et la communauté. « En vertu des actes qui portent exécution parée contre la femme. dit Ferrière (art. 234, *Compilat. sur la Cout. de Paris*) et sur ses biens, il peut aussi être exécuté sur les biens de la communauté à lui (au mari) appartenans et souffrir la saisie réelle de ses immeubles faute de paiement, sans qu'il soit besoin de sentence ni de jugement qui l'ordonne. »

Ainsi n'y avait-il même pas à mettre en cause le mari. Il pouvait être poursuivi et exécuté sur ses biens sans avoir autorisé sa femme, pour raison de ce qu'elle doit pour le fait de sa marchandise dont elle se mêle. Le Code civil a consacré un autre système : la femme même marchande publique doit être autorisée pour ester en justice,

soit comme demanderesse soit, comme défenderesse. C'est ce qui résulte de l'article 215, C. civ.

Disposition critiquée à juste titre, car le refus du mari peut préjudicier à la femme. Le créancier de celle-ci doit donc avoir soin de mettre en cause le mari aux fins d'autorisation. En cas de refus de la part du mari, le tribunal avant de rendre son jugement autorise la femme. Il s'ensuit dans notre système que le mari et la femme seront poursuivis en même temps devant le même juridiction, solution rationnelle en même temps qu'économique.

L'ancien droit était plus simple, n'exigeant pas l'autorisation. La nécessité de l'autorisation est la seule innovation.

24. — Le mari est tenu commercialement, est-ce à dire qu'il est commerçant du fait de sa femme marchande publique ? Nous connaissons le mépris qu'on affichait à Rome envers les professions commerciales. L'institution des préposés n'a pas d'autres raisons, on faisait faire le commerce par une personne en puissance pour en tirer le profit sans en avoir la honte. Dans notre droit moderne, non pas certes pour la même raison, la même solution doit prévaloir. Le commerce est loin d'être tenu en défaveur. Mais il y a un principe qui n'est pas écrit dans le Code de commerce, mais que les auteurs s'accordent à

admettre et que la jurisprudence applique journellement. Le Code de commerce définit le commerçant, celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle (article 1) : Il faut de plus, que les actes soient faits *en son nom personnel*.

Agir en son nom personnel, c'est mettre son nom dans une opération juridique, c'est être partie dans cette opération.

Les auteurs allemands ont mis en relief cet élément de la condition du commerçant. « Celui-là est commerçant, dit Goldschmidt (*Handbuch des Handelsrechts*, 1864, t. 1^{er}, p. 331) qui ne met que son nom dans une affaire commerciale, n'y apportât-il ni capitaux ni travail et demeurât-il tout à fait étranger aux pertes et aux profits de cette affaire. Au contraire, celui-là n'est pas commerçant dont le nom ne figure pas dans une entreprise de commerce, encore qu'il y soit seul ou principal intéressé. »

Les associés en nom collectif sont commerçants. Le commerce est fait pour leur compte et en leur nom. La raison sociale contient tous les noms ou virtuellement les noms de tous les associés (MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit com.*, t. 1^{er}, 204 *bis*).

Au contraire, les commanditaires ne sont pas commerçants parce que les actes de la Société

ne sont pas faits en leur nom. Le Code de commerce, article 25, exclut leurs noms de la raison sociale (MM. Lyon-Caen et Renault, t. 1^{er}, *ibid.*).

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette théorie. Ainsi, elle a décidé que les commis, les placiers, les commis-voyageurs, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont rétribués, bien que faisant professionnellement de nombreux actes de commerce, étant de purs mandataires, agissant au nom d'autrui, ne sont pas commerçants (Lyon, 28 juillet 1861, jugement du Tribunal de Com., 62, n° 3827, p. 126. Paris, 20 décembre 1862, jugement du Tribunal de Com., 63, n° 4202, p. 130. Paris, 30 mai 1862, n° 3971, p. 343).

Mais le voyageur en librairie, qui se charge moyennant commission, de placer des livres pour un libraire, est commerçant (Tribunal de la Seine, 10 avril 1860. Jugement du Tribunal de Com., 1862, 3905, p. 259).

Appliquons ces principes à la femme commerçante. L'alinéa 2 de l'article 5 du Code de commerce fait nettement la distinction. Voici ce texte: « Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. »

Dans sa première partie l'alinéa vise la femme

mandataire, c'est-à-dire agissant au nom et pour le compte du mari. Dans la seconde, c'est la femme agissant en son nom personnel.

Dans le premier cas, la femme est mandataire, elle n'est pas commerçante (article 5 du Code de commerce), et elle n'est pas obligée, article 1420 du Code civil. Ainsi le mari se mêle du commerce de la femme, la gestion et le nom sont communs, malgré cela, la femme n'est pas commerçante (Lyon, 5 février 1881, Sirey 1882, 2, 254). Bien plus, la femme marchande publique avant son mariage qui continue son commerce avec son mari cesse d'être commerçante (Cassat., 1^{er} mai 1820).

Et ce n'est pas seulement l'immixtion du mari dans les affaires de la femme qui l'empêche d'être commerçante, on lui fait perdre cette qualité, ces effets résultent également d'une confusion d'intérêts commerciaux. C'est ainsi qu'il a été jugé que la femme mariée qui fait le commerce en association avec son mari n'est pas commerçante, même quand elle a signé des billets et que sa part d'intérêts est stipulée dans le contrat de mariage. Tribunal de Bordeaux, 10 janvier 1874 (Mém. de just. com. et maritime de Bordeaux, 1874, 1, 75).

M. Nouguiér, t. 1^{er}, n^o 590, explique pourquoi il en est ainsi : « Le législateur, en étendant hors

de leurs limites naturelles les facultés de la femme mariée, a dû témoigner d'abord de son respect pour les droits du mari; mais cela fait, il devait protéger la femme contre l'influence souvent excessive que le mari peut acquérir. Pour attirer dans son commerce les capitaux qui lui manquent, le mari pourrait engager sa femme dans une association dans laquelle sa fortune pourrait courir des dangers. Afin d'empêcher cette spoliation détournée, la loi dispose dans l'article 5 que la femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; qu'elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. »

25. — La définition du commerce séparé résulte *a contrario* de ce que nous venons de dire du commerce non séparé. La femme agit sans im-mixtion ni association d'intérêts commerciaux de la part du mari. Elle traite en son nom personnel, d'une façon indépendante.

C'est la réponse à une objection qu'on pourrait faire à notre théorie. Assimiler la femme commerçante à un préposé, c'est, semble-t-il, la regarder comme jouant un rôle de mandataire. On comprend qu'en droit romain le mandataire fût tenu, puisque le principe de la représentation n'était pas admis.

Dans notre droit moderne, il en est différem-

ment: le mandant seul est tenu des obligations contractées par le mandataire, comme il est responsable du dommage causé par le préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé (article 1384, Civ., article 1998, Civ.). Une femme commerçante occasionna par imprudence un incendie en débitant de l'essence, le mari est-il responsable? Oui, si la femme commerçante exerçant un commerce séparé, est une préposée; non, si elle est dans une situation indépendante. La Cour de Cassation dans un arrêt du 8 juillet 1872 (Sirey, 1872, 1, 257; D., 72, 1, 33) a statué dans le dernier sens: « Attendu, dit l'arrêt, que les articles 1383 et 1384 du Code civil sont sans application à la cause, qu'en effet le dernier de ces articles ne consacre la responsabilité civile du mari que dans le cas où le fait générateur du dommage aurait été accompli par celle-ci dans une fonction à laquelle le mari l'aurait préposée. Attendu que loin qu'il en soit ainsi l'arrêt attaqué, constate qu'en fait le commerce qu'exerçait la femme, S., *reposait exclusivement sur sa tête*, que la patente était prise *en son nom* et les marchandises *achetées par elle...* »

Nous reconnaissons que la femme commerçante exerçant un négoce séparé n'est pas la préposée du mari, tandis que l'*institor* était le préposé du maître ou du *paterfamilias*.

La théorie romaine doit être adaptée, mais non pas portée en bloc dans notre droit. Si la femme est tenue, c'est qu'elle traite librement et *proprio nomine*; si le mari est obligé, ce n'est pas en vertu d'un mandat, mais par suite de l'adhésion tacite qu'il est censé donner aux actes de commerce accomplis par sa femme, ou aux autres actes se rattachant *directement* à l'exercice du commerce.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des contrats. Mais nous avons eu soin de dire: au sens large des mots (Code civil, 14, 1409-2°). Le mari pourra-t-il opposer que l'obligation de la femme résulte d'un délit ou d'un quasi-délit relatif au commerce? On admet la responsabilité du mari, Il est tenu des dommages-intérêts en cas de concurrence déloyale, des faits de banqueroute envers les personnes lésées, des imprudences ou actes dommageables aux tiers dans l'exercice du commerce. Le mari peut soutenir que l'acte illicite est étranger au commerce de la femme. Cette théorie a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation déjà cité du 8 juillet 1872 (S., 73, 1, 257; D., 72, 1, 33). M. le Conseiller rapporteur d'Orms, disait: « Si au lieu d'un acte licite procédant du fait de son commerce, la femme commet un acte illicite étranger à son commerce, on ne peut plus trouver la responsabilité du mari dans

l'article 1426 du Code civil. » L'arrêt a relevé cette appréciation dans un de ses considérants : « attendu que le consentement ne pouvait être présumé que pour les actes mêmes du commerce ou pour ceux qui s'y *rattachent nécessairement*. » Si le mari fait la preuve que l'acte illicite dommageable est étranger au commerce, n'en est pas une dépendance nécessaire, il ne sera pas tenu. Mais il y a lieu de remarquer que la femme sera obligée néanmoins, car elle s'oblige par ses délits et ses quasi-délits sans l'autorisation du mari.

Mais il faut décider suivant la théorie romaine des *institores* que le mari n'est pas tenu s'il a prévenu les tiers qu'il n'entend pas ou n'entend plus subir les conséquences du commerce de sa femme qui fera dès lors le négoce à ses *risques et périls* (D., loi 11, §§ 2 à 4, *de inst. Act.*, XIV, 3). Les créanciers de la femme ne peuvent avoir d'action contre le mari, car ils ne peuvent soutenir qu'ils ont suivi sa foi.

Le mari n'est pas obligé s'il peut démontrer la mauvaise foi des tiers qui ont contracté avec sa femme. Il faut que les créanciers eux-mêmes aient connu au moment du contrat le but et l'utilité de l'obligation, sinon comment prétendraient-ils avoir fait crédit au préposant ?

Du reste, ils ne sont pas tenus de surveiller l'emploi des fonds qu'ils ont pu prêter, ils n'en

ont ni le droit, ni le devoir. D'une manière plus générale, une fois l'obligation contractée, ils deviennent étrangers à tout ce qui suit (D., Loi 1, § 9. Loi 7, princ., §§ 1 et 2, *de exercit. Act.* Loi 31, princ., *de inst. Act.* V. Accarias, tome II, n° 879).

Nous croyons pouvoir nous ranger à l'opinion exprimée par Savigny dans son *Droit des Obligations*, t. II, p. 188 (traduct. Gérardin): « Les conditions d'exercice des actions exercitoire et institoire avaient été organisées dans la procédure romaine avec un esprit tout pratique, et cette organisation des institutions dont nous nous occupons est encore applicable dans notre droit général actuel. »

§ 2. — *Droits des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme*

L'indépendance de la femme commune commerçante et ce fait qu'elle traite en son nom personnel ne sont pas sans influencer sur les tiers qui lui font crédit. C'est elle qui est leur débitrice principale, et ainsi que nous l'avons vu, le mari n'est tenu que d'une façon accessoire dans un certain sens. Les créanciers de la femme vont-ils être à la merci des opérations du mari, c'est-

à-dire courront-ils le risque de son insolvabilité ou au contraire, ayant fait foi à la femme en considération de son actif commercial et du bon état de ses affaires, ne passeront-ils pas avant les créanciers du mari ou même ne les excluront-ils pas?

26. — Telle est la question que s'est posée dans ses *Parères*, Savary. C'était le sujet de la 3^e question de son parère 34. Il l'énonçait en ces termes: « Si le mari de cette marchande publique, commune en biens avec lui, peut disposer sans le consentement de sa femme de toutes les marchandises étant dans sa boutique; et si les créanciers du mari les peuvent faire saisir au préjudice des créanciers de la femme qui lui ont vendu les marchandises? »

« Quoique cette question, continue Savary, soit plus de la profession d'un avocat et d'un jurisconsulte que d'un négociant; néanmoins, le soussigné ne cessera pas d'en dire son avis. Il ne croit pas que cette question ait été encore agitée jusqu'à présent, ni qu'il y ait eu de sentence et d'arrêt qui l'aient décidée; du moins, il n'en a jamais entendu parler aux anciens marchands et négociants; de sorte qu'il estime que cette question doit être décidée par le bon sens et la droite raison, qui est la règle de toutes les lois et sur quoi elles sont fondées, et non par le droit commun, parce que si on la décide par le

droit commun il n'y a pas de doute que quand le mari et la femme sont communs en biens, suivant le 225^e article du titre X de la Coutume de Paris, le mari est le seigneur et le maître des meubles, en telle sorte qu'il les peut vendre et en faire et disposer à son plaisir sans le consentement de sa femme. Ainsi, suivant cette disposition de la Coutume de Paris, le mari pouvant vendre et disposer des meubles de la communauté de lui et de sa femme, sans son consentement, ses créanciers, qui exercent ses droits et actions, peuvent faire saisir et vendre pour les dettes par lui contractées, les marchandises qui sont dans la boutique de sa femme parce que les dites marchandises sont effets mobiliers. »

Souvent on se borne à cette citation pour montrer, de l'aveu même de Savary, l'inadmissibilité de sa thèse. Nous pensons qu'au contraire, ce n'est là qu'une forme de style, destinée à se concilier dès l'abord l'attention et la sympathie de lecteurs qui sont très probablement des adversaires. De plus, la suite montre que l'auteur a fait la distinction entre le rôle de la femme préposée à un commerce et celui de la femme exerçant un commerce séparé. Ce qui est intéressant à un double point de vue : d'abord parce que cela montre que cette distinction que nous avons faite nous-même au paragraphe précédent

est conforme à la tradition, et en second lieu parce qu'il ne base sa théorie que sur l'indépendance de la femme marchande publique.

« *Quoique par le droit commun*, dit-il, le mari soit le seigneur et le maître des effets mobiliers de la communauté de lui et de sa femme et qu'il en puisse disposer à sa volonté sans le consentement de sa dite femme, néanmoins le soussigné estime que cela se doit entendre à l'égard des marchands et négociants, dont les femmes ne font point d'autre commerce que celui de leur mari, parce qu'encore que la femme d'un marchand ou d'un négociant vende ou débite en détail ou en gros les marchandises qui sont dans la boutique ou le magasin de son mari, qui en est le seul seigneur et le maître pendant et constant leur mariage, et non la dite femme, qui ne peut vendre ni disposer des dites marchandises sans le consentement de son mari, parce qu'elle ne fait en cela la même chose que font les facteurs ou les commis qui vendent et débitent les marchandises pour le compte du mari.

» Mais il n'en doit pas être de même à l'égard d'une femme qui fait *un autre commerce* de marchandises que celui de son mari, et qui *est séparé du sien*, qu'on appelle marchande publique; parce qu'encore une marchande publique, soit sous la puissance de son mari, et qu'elle soit en

communauté de biens avec lui, elle peut vendre et disposer de la marchandise dont elle se mêle *comme bon lui semble*, et elle peut mêmes'obliger *sans le consentement et l'autorisation de son mari* touchant le fait et la dépendance de la dite marchandise publique suivant le 234^e article. Ainsi l'on peut dire qu'une marchandise publique est *seule maîtresse* de la marchandise dont elle se mêle et de tout ce qui en dépend. En telle sorte qu'elle peut la vendre, prêter, engager et disposer des dettes actives qu'elle a contractées avec ceux auxquels elle a vendu la dite marchandise, le tout sans le consentement et l'autorisation de son mari.

» Au contraire, le mari de cette marchande publique ne peut en façon quelconque disposer de la marchandise ni des dettes actives, ni de tout ce qui dépend de la dite marchandise dont elle se mêle, sans le consentement de la dite femme. »

L'indépendance complète de la femme commune marchande publique est justifiée pour trois raisons: D'abord l'actif commercial de la femme, marchandises et créances (dettes actives, dit Savary) ne sont pas confondus avec les biens du mari. Cet actif commercial est un « gage public » pour les créanciers de la femme, il répond du passif. Le mari ne doit pouvoir agir sur

ce patrimoine séparé que du consentement de la femme, « autrement il n'y aurait aucune sûreté de traiter et commercer avec la femme marchande publique ». Telle est la seconde raison. Mais Savary dans sa troisième proposition prohibe ce consentement, car si on l'admettait, le mari pourrait dépouiller la femme en tirant à lui tout son actif aux dépens de ceux qui ont suivi la foi de la femme.

Le Code de commerce est silencieux. Des commentateurs ont admis le système préconisé par Savary. Les uns comme Bédarride (t. I, n° 137) se bornent à une simple affirmation : « Les créanciers (du mari) qui peuvent incontestablement pour arriver à leur paiement, saisir les biens de la communauté ne pourraient porter leur exécution sur les marchandises du commerce de la femme. Le prix de celles-ci serait dans tous les cas dévolu par privilège à ses créanciers commerciaux. D'autres, comme Pardessus (t. I, n° 67), se basent sur « la nature des choses et l'intérêt des tiers. » Molinier (t. I, n° 183) estime que « les créanciers du mari doivent respecter un état de choses qui procure à la communauté des bénéfices ».

Les recueils de jurisprudence n'offrent pas de décisions judiciaires sur la question. Les auteurs plus récents que ceux que nous venons de citer

sont défavorables. L'objection qui est faite est que l'admission de la doctrine préconisée par Savary ne tendrait rien moins qu'à reconnaître au profit des créanciers de la femme un privilège sur les biens affectés à son commerce, solution qu'admettait expressément Bédarride.

27. — Plus récemment, on a repris cette théorie, mais en s'appuyant sur l'idée de société. En raison de la publicité des sociétés commerciales, celles-ci acquièrent la personnalité; dès lors les créanciers commerciaux ont pour gage un patrimoine distinct. La publicité du contrat de mariage ne suffirait d'ailleurs pas, il faudrait la publicité des sociétés avec mention dans l'acte du capital social. Mais alors on se trouve en présence d'une véritable société commerciale qui résulterait non pas du jeu des principes régissant les régimes de communauté, mais d'un contrat de société, ce qui est tout différent de l'hypothèse que nous examinons. De plus, ce serait une société en nom collectif, dès lors il n'y aurait plus commerce *séparé*, et la femme, ainsi que nous l'avons vu précédemment, ne pourrait plus être considérée comme marchande publique, le mari se mêlant du commerce de la femme.

28. — L'objection que l'on fait n'est d'ailleurs pas décisive, au moins en ce qui concerne Savary.

Cet auteur ne parle pas en effet de privilège au profit des créanciers commerciaux de la femme, il va plus loin. Il refuse aux créanciers du mari toute action sur l'actif commercial de la femme. La raison qu'il donne ne nous semble pas exacte. On ne peut prétendre que le mari n'a aucune action sur le patrimoine commercial de la femme. Mais s'il s'immisce dans le négoce, la femme cesse de tenir un commerce séparé, c'est-à-dire que tacitement le mari a révoqué l'autorisation de commercer. Or, il est incontestable que le droit de retirer l'autorisation est une dépendance de l'autorité maritale. Il résulte de là que c'est un droit attaché à la personne, il faut en conclure que les créanciers du mari n'ont pas le droit d'agir sur les biens affectés au commerce séparé de la femme (article 1166 du Code civil). Pour nous résumer, nous dirons : le mari n'a action sur les biens commerciaux qu'en retirant son autorisation, cette condition préalable, le retrait d'autorisation, ne peut être remplie par ses créanciers qui dès lors ne peuvent saisir et faire vendre les biens du commerce de la femme.

Nous déduisons de là que tant que la femme exercera un commerce séparé, les créanciers du mari n'auront aucune action contre elle. Lorsque le commerce cessera d'être séparé, ils viendront en concours avec les créanciers du mari, avec cet

avantage qu'au lieu d'avoir pour gages le patrimoine du mari et les biens de la communauté, ils auront aussi action contre les biens de la femme.

§ 3. — *Rapports du mari avec sa femme,
marchande publique*

29. — Dans les rapports avec les créanciers du mari ou ceux de sa femme, il s'agit du droit de poursuite. Les créanciers de la femme, peuvent, nous l'avons vu, poursuivre le mari pour le tout. Il faut maintenant savoir si le passif ainsi déterminé par le droit de poursuite est ou non définitif. On se place à un nouveau point de vue, à celui des rapports entre mari et femme, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure chacun d'eux doit être définitivement tenu, c'est ce qu'on appelle la *contribution*.

L'article 1409, § 2, qui règle le passif de la communauté, l'article 1419, qui régit le droit de poursuite des créanciers, ont soin de réserver le cas où une indemnité, une récompense peut être due au mari. Dans quel cas, à qui incombera la charge de la preuve ?

A la première question on peut répondre d'une manière générale, que le mari ne sera nullement tenu définitivement, qu'il aura droit à une ré-

compense pour le tout quand l'opération ou la suite d'opérations commerciales aura été traitée non dans l'intérêt du mari ou de la communauté, mais dans l'intérêt exclusif de la femme. Les éléments d'appréciation peuvent être très variés. Il sera particulièrement intéressant de savoir avec quel argent la femme a fait le commerce; si les fonds qu'elle exploite constitue un propre à son égard. Cela n'a aucun intérêt à l'égard des créanciers de la femme marchande publique poursuivant le mari. En effet, les textes ne distinguent pas suivant que la femme emploie ses propres ou recourt aux ressources communes, dans tous les cas le mari est obligé. Mais entre époux, le mari aura droit à une indemnité s'il a payé une dette faisant partie d'un passif, dont la contre-partie, l'actif, ne devait pas lui profiter. Si au contraire la femme a exploité le commerce avec les deniers de la communauté ou du mari, il est très vraisemblable de supposer que c'est dans l'intérêt commun qu'elle a agi, le mari dans ce cas n'aurait plus qu'un recours pour moitié si la femme accepte la communauté, il devra supporter la totalité de la dette si elle y renonce.

30. — Reste à résoudre la deuxième question. A qui incombe la charge de la preuve ? Certains prétendent que de la loi ou plutôt de l'esprit de la loi résulte une présomption que l'acte accom-

pli par la femme autorisée du mari, l'est dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté. On en déduit que la femme n'aura rien à prouver et que de droit elle aura un recours contre le mari. On fait valoir des raisons pratiques. La femme étrangère aux affaires de la communauté aurait beaucoup de peine à faire la preuve de la destination des obligations qu'elle a contractées. Le mari, au contraire, en sa qualité d'administrateur des propres de la femme a toute facilité d'apporter cette preuve.

Nous ne croyons pas que cette solution doive être adoptée. Les articles 1409, § 2, et 1419, Civ., ne visent que les rapports des époux avec les créanciers. La présomption édictée par la loi ne peut être étendue arbitrairement aux rapports entre époux. Le droit commun doit donc s'appliquer. C'est à celui des deux époux qui ayant payé au delà de ce qu'il estimait devoir, de faire la preuve contre son conjoint; nous rangeons la femme sur la même ligne que le mari. L'indépendance qu'elle a en tant que commerçante lui donne au moins autant qu'au mari, la facilité d'administrer la preuve. Il lui sera aisé de justifier de l'emploi de ses fonds par la production de ses livres de commerce, de sa comptabilité.

DEUXIÈME PARTIE .

RÉGIMES DE NON-COMMUNAUTÉ .

DEUXIEME PARTIE

Régimes de Non-Communauté

31. — Les intérêts comme les patrimoines des époux sont dans ces régimes nettement distincts.

La séparation de biens contractuelle ou judiciaire est le type des régimes de non-communauté. Non seulement il n'existe aucune société de biens, mais le mari n'a aucun pouvoir sur le patrimoine de la femme : c'est elle qui conserve l'entière administration de ses biens, meubles ou immeubles. Le mari n'a aucun droit d'usufruit, car le Code (article 1536) attribue à la femme la jouissance libre de ses revenus.

La situation est la même pour la femme dotale qui s'est constitué en dot ses biens présents. Elle a en effet sur ses paraphernaux les mêmes droits et les mêmes pouvoirs que la femme séparée, sur ses biens personnels. En effet, aux termes de l'article 1576, Code civil, elle a la jouissance et l'administration de ses biens paraphernaux, or, les biens acquis pendant le mariage sont paraphernaux. Mais comme la femme

séparée de biens, elle ne peut les aliéner ni ester en justice sans l'autorisation du mari ou du juge, sauf bien entendu lorsque la séparation de biens est la conséquence d'une séparation de corps. De même elle est obligée de se munir de l'autorisation de son mari ou en cas de refus de recourir à celle de justice pour entreprendre un commerce, ainsi que nous l'avons vu dans notre première partie.

De là il faut conclure que le mari n'a aucun droit aux bénéfices réalisés par la femme séparée de biens ou dotale (s'étant constitué en dot seulement ses biens présents) dans l'exercice de son commerce. Il ne sera pas tenu, à l'inverse, des pertes que la femme subira dans son négoce. Il ne sera obligé ni pour le principal, n'ayant aucun droit sur le capital de la femme, ni même pour les intérêts, puisqu'il n'a pas la jouissance des revenus des biens de la femme.

On admet sans difficulté cette solution, mais certains auteurs contestent qu'elle soit applicable à deux autres régimes de non-communauté : au régime exclusif de communauté et au régime dotal avec constitution de dot portant sur les biens présents et à venir. Nous envisagerons la question successivement au point de vue de l'actif et du passif.

CHAPITRE PREMIER

EFFETS DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE, SUR LE MARI AU POINT DE VUE DE L'ACTIF

Le mari sous les deux régimes précités a un pouvoir d'administration et un droit de jouissance qu'il n'a pas sous les régimes de séparation de biens ou de dotalité de biens présents.

§ 1. — *Rapports du mari avec les tiers*

32. — L'article 1530, Civ., dispose en ce qui concerne l'administration des biens de la femme : « La clause portant que les époux se marient sans communauté, ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens... » Et l'article 1531 ajoute : « Le mari conserve l'administration des biens, meubles et immeubles de la femme et par suite le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage... »

En ce qui concerne les biens dotaux : « Le mari seul, dit l'article 1549, a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. »

Il résulte de ce pouvoir d'administration que c'est le mari qui a le droit d'exercer contre les tiers, c'est-à-dire les débiteurs de sa femme commerçante, les actions que celle-ci peut avoir contre eux. Les articles 1530 et 1531 le disent implicitement en confiant l'administration des biens de la femme au mari; l'article 1549 est formel en ce qui touche le régime dotal : le mari a *seul* le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs de biens dotaux.

Nous ne trouvons pas dans ce régime la dérogation que nous avons signalée dans ceux de communauté. Il n'y a pas trace dans notre ancien droit ou dans notre droit actuel que la femme ait la faculté d'exercer elle-même les actions qui ont pu naître du fait de son commerce. C'est le mari qui seul a le droit et le pouvoir de poursuivre.

§ 2. — *Rapports entre époux*

33. — Le mari a donc un pouvoir d'administration, il a de plus un droit de jouissance. L'article 1530 du Code civil reconnaît au mari sous le régime exclusif de communauté un droit d'usufruit sur les biens de sa femme. La femme n'a pas le droit de percevoir les fruits de ces biens. Ces fruits, ajoute le même article, sont

censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. L'article 1533, encore plus explicite, dispose que « le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit ». On admet malgré la généralité des termes que le mari n'est cependant pas tenu de donner caution.

Les articles 1549 et 1562 reconnaissent au mari un droit d'usufruit, et cela dans des expressions analogues. Une disposition formelle, l'article 1550, relève le mari de l'obligation de fournir caution, ce qui est une dérogation aux charges de l'usufruitier ordinaire (article 601, Code civ.).

Notons encore quelques différences : l'usufruit ordinaire est cessible (article 595). On admet, au contraire, que l'usufruit du mari dotal est incessible comme constituant un attribut de la puissance maritale. Enfin, au lieu d'acquérir les fruits naturels ou industriels par la perception (article 585) et les fruits civils jour par jour (article 586), le mari dotal acquiert tous les fruits de quelque nature qu'ils soient, jour par jour (article 1571).

Donc de droit commun le mari dotal avec constitution de biens présents et à venir, et le mari sous le régime exclusif de communauté ont un droit de jouissance sur tous les biens de la femme. Les bénéfices du commerce séparé

réalisés par la femme sont-ils soumis au droit d'usufruit du mari? Telle est la question vivement controversée que nous avons à résoudre.

34. — On ne compte pas moins de trois opinions qui toutes ont été soutenues par des jurisconsultes éminents. Les bénéfices réalisés par la femme dans un commerce séparé appartiennent, suivant une première opinion, au mari. Voici comment on raisonne : La constitution de dot comprend tous les biens, or, l'industrie de la femme constitue un véritable bien, qui peut parfois être très considérable. En effet, un bien est ce qui est utile : *Bona ex eo dicuntur quod beant... beare est prodesse* (L. 49 ff. Dig., de Verb. Signif.), et nul ne songera à contester que l'industrie d'une personne est très utile. Les textes le constatent, d'après l'article 1498, les bénéfices de l'industrie des époux tombent en communauté d'acquêts, suivant l'article 1779 l'industrie peut faire l'objet d'un louage, enfin l'article 1833 que l'industrie peut jouer le rôle d'un apport dans une société. Si l'industrie a été constituée en dot, il faut en conclure que les produits appartiennent irrévocablement au mari, car ils sont les accessoires de l'industrie. La restitution, dit M. Duranton, t. II, n° 480, ne comprend que les capitaux apportés en dot ou échus au cours du mariage. Or, les gains commerciaux sont plutôt

des revenus qu'un capital, le mari en profite donc. MM. Marcadé, t. VI, sous les articles 1540-1541, et Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXIII, nos 427 et 433, assimilent les bénéfices commerciaux à des fruits et arrivent à la même conclusion : le mari les gagne définitivement en vertu de son droit de jouissance. Dans ce sens, on peut citer un arrêt de la Cour de Riom du 22 février 1809.

35. — Une deuxième opinion professée par M. Demolombe (t. IV, nos 314 à 316) est radicalement opposée à celle que nous venons d'exposer.

Les précédents historiques, dit-on, sont contraires à la solution précitée. Vedel, dans ses *Observations sur Castellan*, t. II, p. 12, dit : « Si la femme qui cohabite avec son mari ne peut tirer avantage de la diligence et de l'industrie qu'elle fait paraître par son économie et son travail journalier dans les affaires domestiques, cela tombe sur l'industrie de la femme, dans la ménagerie ou dans le métier que son mari exerce, et nullement sur toute autre industrie propre à la femme et qu'il dépend d'elle de mettre en œuvre... »

La « ménagerie », ce sont les soins du ménage, la bonne administration de l'intérieur, c'est le devoir d'assistance de l'article 212 du Code

civil, les résultats heureux, les économies sont le profit du mari.

Tout autre est l'activité de la femme marchande publique. Elle agit d'une façon indépendante. Il n'est plus question de soins et d'assistance. La femme occupe un poste séparé avec des risques de perte et des chances de gain toutes différentes. La ménagère économise, c'est-à-dire met de côté sur les sommes qui lui sont abandonnées par le mari pour les frais de l'existence commune, l'excédent que, grâce à ses qualités de prudence, d'habileté, d'ordre, elle a pu ne pas entamer. La femme commerçante, outre qu'elle ne peut guère vaquer aux soins domestiques, joue un rôle actif, elle n'économise plus sur le gain du mari, elle-même gagne, c'est-à-dire tire ses ressources du dehors, et non pas des sommes que lui alloue son mari. Son industrie alors, c'est sa force commercialement productive, son intelligence, ses aptitudes, c'est sa personne elle-même dont toutes les facultés sont tendues vers le négoce. On ne peut dire que ce soit des biens dans le sens juridique du mot. L'article 1833, loin d'être un argument d'analogie, se retourne contre l'opinion précédente, car il ne met pas l'industrie sur la même ligne que les biens, il distingue au contraire : *ou d'autres biens ou son industrie* : donc ce n'est pas la même chose. Les produits de l'in-

dustrie entrent en communauté (articles 1401, 1498, 1527), mais non l'industrie elle-même, sans cela, il faudrait à la dissolution partager l'industrie entre le conjoint et les héritiers, ce que personne n'admet. Il résulte de tout ceci que l'industrie n'est pas susceptible d'aliénation. La constitution de dot peut être considérée comme l'aliénation de l'usufruit donc elle n'est pas possible, article 1780. La femme se trouverait dans la situation d'une esclave romaine dont toutes les acquisitions profitent au maître, sans qu'elle-même y ait aucun droit. Une pareille théorie va à l'encontre de l'esprit de notre législation moderne qui, loin de considérer les personnes en puissance comme de simples instruments d'acquisition, décide, dans l'article 387, que le droit de jouissance des père et mère ne s'étend pas aux biens que les enfants peuvent acquérir par un travail ou une industrie séparés. La conclusion, c'est que le mari n'a aucun droit aux bénéfices.

36. — Ces deux théories, complètement opposées, contiennent chacune une part de vérité. Il est exact que le mari ait un droit de jouissance à exercer sur les bénéfices réalisés par sa femme commerçante. Il n'est pas moins juste que la femme ait droit à ces mêmes bénéfices. La difficulté réside dans la détermination de la part de chacun. Il faut de plus préciser le moment où

nait le droit du mari. Telles sont les deux questions qu'il nous reste à examiner.

Le mari n'aura évidemment aucun droit de jouissance à faire valoir sur les bénéfices de la femme, s'ils font partie des fonds de roulement ou sont affectés aux besoins du commerce. Il n'en sera autrement que lorsque ces bénéfices seront capitalisés, c'est-à-dire susceptibles de produire un revenu appréciable. Ces bénéfices accumulés forment des biens dotaux, à la condition qu'ils n'aient plus d'affectation commerciale; par exemple, cela peut résulter d'un placement séparé ou de tout autre fait analogue. Ce sont là questions d'appréciation dont la solution est soumise à l'arbitraire des juges.

Supposons les bénéfices capitalisés et placés en dehors du commerce exploité par la femme, quel sera le droit du mari? Les deux théories précédemment exposées sont trop simplistes à cet égard. La femme qui fait un commerce séparé applique son activité à un bien, le fonds de commerce.

Les bénéfices qui consistent dans l'excédent des prix de vente sur les prix de revient sont donc engendrés par deux facteurs : d'une part le capital, de l'autre le travail. Quelle répartition faire entre ces deux instruments de production? Distinguons suivant qu'on se place pen-

dant la durée du régime matrimonial adopté par les époux, ou à sa dissolution.

Tout d'abord, une remarque générale : La femme ne peut valablement effectuer un placement séparé que munie de l'autorisation expresse de son mari. Il n'en serait autrement que si elle plaçait à une Caisse d'épargne les bénéfices par elle réalisés. L'article 16 de la loi du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne dispose en effet dans son alinéa 4 : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'*assistance* (l'autorisation) de leurs maris ; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris. Dans ce cas, il sera sursis au retrait du dépôt, et ce, pendant un mois à partir de la dénonciation qui en sera faite par la femme, par lettre recommandée à la diligence de la Caisse d'épargne. Passé ce délai et faute par la femme de s'être pourvue contre la dite opposition par les voies de droit, le mari pourra toucher seul le montant du livret, si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit. »

Cette innovation consiste donc en une dérogation aux droits d'administration du mari. Un véritable pécule se trouve ainsi constitué au profit de la femme qui le gère et en dispose à son gré.

Cela n'était admis avant cette loi que pour la femme séparée ou pour la femme dotale administrant ses paraphernaux. Aujourd'hui cela est vrai sous tous les régimes où la femme n'a pas l'administration de sa fortune propre ou de sa part commune : régime sans communauté, régime dotal de biens présents et à venir, régimes de communauté. Donc, en cas de placement à une Caisse d'épargne, liberté d'action de la femme qui n'a pas à recourir à l'autorisation maritale, pouvoirs illimités de disposition à moins d'opposition du mari.

Mais le plus souvent la femme commerçante dont l'exploitation est importante et prospère ne s'adressera pas pour placer des bénéfices qui peuvent être fort considérables à des Caisses d'épargne qui ne reçoivent que des versements s'élevant à un modeste total, et qui ne servent que des intérêts très médiocres. Elle préférera faire un placement plus fructueux, mettre dans une entreprise une somme élevée. Il lui faudra sans doute l'autorisation de son mari, sera-ce tout et le mari n'aura-t-il pas d'autres pouvoirs pendant le mariage ? Si les valeurs capitalisées sont des biens consommables par le premier usage, comme de l'argent, le droit de jouissance du mari se transforme en un quasi-usufruit ainsi que nous l'avons vu dans notre première partie.

Il aura par suite le droit d'en disposer à son gré, cela sous tous les régimes qui lui accordent un droit d'usufruit sur les biens de sa femme: régimes de communauté, régimes sans communauté, régime dotal.

37. — Le placement a-t-il lieu en achat de biens non consommables par le premier usage, par exemple une maison, que décider? Les pouvoirs du mari varient suivant le caractère du bien acquis, et ce caractère résulte lui-même de celui des valeurs placées. Sous les régimes de communauté le bien acquis sera propre par emploi si les bénéfices du commerce résultant d'un fonds propre sont des produits. Il sera acquêt si ces bénéfices ont le caractère de fruits, article 1401, n° 2. Sous les régimes de non-communauté, le mari, dans le premier cas, devra restituer la valeur à la dissolution du régime, dans le second il gagne les bénéfices commerciaux, enfin sous le régime dotal l'immeuble acquis sera-t-il dotal ou la propriété du mari?

La solution semble dépendre du caractère des bénéfices commerciaux, sont-ce des fruits ou des produits? On est en général d'accord pour reconnaître aux bénéfices commerciaux le caractère de fruits. On a, il est vrai, contesté la périodicité, mais s'il faut reconnaître que dans l'agriculture, par exemple, les récoltes se font régulièrement,

il est bien aussi des années de disette par suite de sécheresse, ou au contraire de pluies excessives, d'incendie, d'inondations, de gelées, en un mot de tous les fléaux qui sont le souci constant de l'homme des champs. On a dit aussi qu'en reconnaissant aux bénéfices commerciaux le caractère de fruits, il fallait par là même admettre l'usufruit du fonds de commerce ; or, un pareil usufruit porterait sur la substance même de la chose et une gestion défectueuse la ferait disparaître. L'argument n'est pas plus décisif, le fonds de terre s'épuise et devient infertile s'il n'est lui-même laissé en jachères ou s'il ne fait pas l'objet d'une culture intensive. Les risques de dépréciation sont encore plus grands pour le fonds de commerce, cela ne peut influer sur le caractère des bénéfices, mais cela doit répercuter sur la responsabilité de l'usufruitier. Les bénéfices commerciaux sont donc les choses qu'une autre chose, le fonds de commerce, produit et reproduit périodiquement, il faut ajouter, en vertu de sa destination. Ceci ne saurait être discutable, l'individu qui se livre au commerce l'entreprend dans une idée de gain. On a été jusqu'à faire de cette pensée de lucre le critérium de l'acte de commerce. Périodicité de la chose produite, destination spéciale, ce sont là les caractères des fruits.

Que faut-il en conclure au point de vue du mari? « Tout le monde admet, écrit M. Laurent, aux nos 427 et 433 du tome XXIII de ses *Principes de Droit civil*, que les produits de l'industrie de la femme entrent en communauté, quoique la loi ne le dise pas. En vertu de quel principe y entrent-ils? En vertu de l'article 1401, no 2, d'après lequel l'actif de la communauté se compose de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages des époux. Si les produits d'un talent de la femme artiste, lettrée, n'étaient pas des fruits et des revenus, ils n'entreraient pas en communauté; s'ils y entrent, c'est à titre de fruits et de revenus, donc le mari en profite sous le régime d'exclusion de communauté, car ce qui est fruit sous le régime de communauté est aussi fruit sous le régime d'exclusion de communauté.» Donc le mari gagne les bénéfices réalisés par la femme.

38. — Nous reconnaissons l'admissibilité de cette argumentation quand il s'agit de gains faits par la femme au jour le jour, mais dans notre hypothèse nous ne saurions adopter la théorie de M. Laurent. Il ne s'agit pas, en effet, de sommes modiques perçues le plus souvent d'une façon quotidienne, mais de bénéfices commerciaux *capitalisés*. « Ce sont en réalité des biens nouveaux pour celui qui les a réalisés, et ce qui prouve

que c'est bien ainsi que les rédacteurs du Code civil ont envisagé la question, c'est qu'ils ont indiqué dans l'article 1498, comme des acquets de nature différente, ceux qui sont le résultat d'économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens.» Ainsi s'expriment MM. Aubry et Rau (t. V, p. 516). On ne peut considérer comme fruits, arrérages ou intérêts un capital susceptible de produire lui-même un revenu appréciable.

Nous déduisons de là les conséquences suivantes :

1° L'immeuble acquis en emploi avec les deniers provenant de l'exploitation d'un fonds de commerce, appartenant à la femme et exploité par elle, appartient à la femme. Le mari a l'administration de ce bien lorsque le régime matrimonial la lui confère. Ainsi sous les régimes de communauté et sans communauté la femme étant propriétaire, le mari est sans droit pour aliéner ce bien. Mais la femme peut le faire avec l'autorisation de son mari ou de justice.

2° L'immeuble acquis en emploi avec les bénéfices commerciaux, prend le caractère de dotalité sous le régime dotal.

Une objection se présente dès l'abord. Le législateur a vu d'un œil défavorable la dotalité et s'il a admis que la dot pût être diminuée pendant le mariage, il a au contraire défendu expressé-

ment qu'on l'augmentât (article 1543, Civ.). Reconnaître aux bénéfices commerciaux le caractère dotal, n'est-ce pas violer cette prohibition ?

Cela serait bien si sa femme ne s'était constitué en dot que ses biens présents. Mais telle n'est pas l'hypothèse.

La femme étant mariée sous le régime dotal, et ayant constitué en dot ses biens présents et à venir, la jurisprudence et la doctrine la plus récente, admettent l'extension de la constitution à tous les biens, sans exception aucune, qui adviennent à la femme, tant que l'union matrimoniale n'a pas été dissoute. La généralité de la constitution dotale comprend dans les biens à venir aussi bien que des biens présents, ceux qui n'ont point été nommément réservés, de quelque nature et origine qu'ils soient. Aucune considération ni juridique, ni morale, ni d'équité, ne justifierait en l'absence d'une clause formelle, une exception touchant les produits d'un commerce spécial, d'une industrie distincte exercée par la femme. Ce sont là les termes d'un arrêt de la Cour de Riom du 23 mars 1881 (Sirey, 1886, 1, 25 et la note de M. Chavegrin). « Attendu, ajoute cet arrêt, que les bénéfices, les économies, dont ce commerce aurait été la source, *ne sauraient être considérés eux-mêmes comme rentrant dans la catégorie des fruits* que le mari a le

droit de percevoir et qui doivent concourir avec les autres revenus au soutien du ménage ; attendu que si la règle, que sous le régime dotal la femme travaille pour son mari, a pour effet de faire profiter le mari des avantages procurés au ménage par le travail personnel de la femme ; cette règle cesse de recevoir son application quand le travail de la femme perd le caractère d'une simple assistance à celui du mari, pour constituer comme dans l'espèce, un commerce, une industrie s'exerçant *au dehors du ménage*, sans participation aucune du mari aux peines comme aux risques de ces entreprises ; qu'il faut reconnaître, en ce cas, que la femme travaille, bénéficie, économise pour elle-même, et que par suite, *les capitaux créés par elle à l'aide de ses gains* se classent parmi ceux qu'elle s'était constitués comme dotaux sous la désignation de biens à venir. » La conséquence, c'est que l'immeuble acquis en emploi est inaliénable, même avec le concours de la femme. Les capitaux créés par la femme à l'aide de ses gains, suivant les termes de l'arrêt précité, sont la propriété de la femme. Il nous reste à déterminer ce que le mari devra restituer lors de la dissolution du régime.

En principe, il devra restituer les bénéfices capitalisés soit en espèces, soit en immeubles, par exemple, en cas d'emploi. Mais ne doit-il resti-

tuer que cela et doit-il toujours restituer tout cela ?

La première question concerne les intérêts des bénéfices, la seconde la part du capital fourni.

39. — Le mari n'a pas à restituer les fruits des bénéfices. En effet, ces bénéfices étant dotaux suivant les prescriptions des articles 1540 et 1549 du Code civil ils sont apportés par la femme au mari qui est maître et administrateur de la dot. Les revenus lui appartiennent pour supporter les charges du ménage. Bien plus, si par suite d'une séparation de fait la femme a mené une existence à part, subvenant elle-même à ses propres besoins, elle n'en devrait pas moins compte à son mari ou aux héritiers de celui-ci des fruits produits par ces bénéfices. « Vainement objecterait-on, dit l'arrêt de la Cour de Riom, qu'étant demeurée trente-quatre ans environ éloignée du domicile conjugal, elle est restée tout ce temps sans profiter des ressources du ménage, et que par conséquent elle n'avait pas à y contribuer ; car le fait de s'être mise et maintenue dans une situation irrégulière et de s'être soustraite au devoir d'habitation avec son mari n'a pas pu avoir pour effet de la relever des conséquences légales du régime auquel elle avait elle-même déclaré vouloir assujettir tous ses biens présents et à venir. »

La doctrine est d'accord sur ce point avec la

jurisprudence. Elle va même plus loin. Dans le cas où l'usufruit du mari serait insuffisant pour satisfaire aux besoins du ménage, on admet qu'il peut empiéter sur le capital restituable. « Toutefois, disent MM. Aubry et Rau, par un tempérament emprunté à l'article 1578 elle (la femme) ne pourra demander aucun compte des sommes qui, d'après les circonstances, sont à considérer comme abandonnées au mari pour subvenir aux charges du mariage, ni à plus forte raison, de celles qu'elle a employées aux besoins du ménage » (tome V, p. 616). L'analogie, il faut l'avouer, n'est pas très heureuse. L'article 1578 vise le cas où le mari a joui sans mandat des paraphernaux de la femme, mais sans que celle-ci s'y opposât. A la dissolution ou a la première demande de la femme, il n'est tenu qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. Notre hypothèse est tout à l'inverse, il s'agit non de paraphernaux dont la femme a la jouissance, mais de biens dotaux dont l'usufruit appartient au mari. Celui-ci n'a donc aucun compte à rendre et garde tous les fruits. Il est de plus arbitraire de considérer ou du moins de traiter comme fruits, des biens que dans d'autres circonstances on regarde comme capitaux. Le caractère de capital résulte de la volonté de la femme qui, au lieu d'employer

ses bénéfices à l'exploitation de son commerce, en a fait, avec le concours de son mari, un placement séparé. Dès ce moment, le bien ainsi affecté, hors du commerce, est juridiquement un capital dotal.

Aucune circonstance de fait ne peut modifier cette situation de droit. Il faut évidemment faire la part des nécessités de l'existence. Il se peut que par suite de malheurs, la famille soit dans la nécessité d'entamer les bénéfices capitalisés et dotalisés. Si ce sont des valeurs fongibles, consommables par le premier usage, s'il a été fait une estimation, ou si ce sont des choses destinées à être vendues par leur nature, le mari aliénera sous sa responsabilité, sans difficulté, les bénéfices dotalisés. La dot mobilière est aliénable d'après la jurisprudence, donc, dans de cas, pas d'obstacle à la réalisation des biens. Si au contraire, le bien acquis à l'aide des bénéfices commerciaux est un immeuble dotal par emploi, on pourra, aux termes de l'article 1558, Civ., vendre l'immeuble en recourant à l'autorisation de justice et en suivant les formalités de la vente aux enchères. Ainsi la famille pourra être à l'abri du besoin, au moins temporairement. La solution de MM. Aubry et Rau ne pourrait être acceptée que lorsqu'il s'agit des salaires journaliers de la femme qui sont un apport aux charges du ménage, l'exé-

cution du devoir d'assistance plutôt qu'une constitution de dot,

Il y a un cas où le mari, sauf sous le régime de séparation de biens contractuelle ou judiciaire, ne sera pas tenu de restituer à la femme la totalité de ses bénéfices capitalisés. C'est lorsque le placement aura été fait à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. L'article 13, al. 4, de la loi du 20 juillet 1886 est ainsi conçu : « Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints, profite séparément à chacun d'eux par moitié. » D'après le droit commun sous les régimes de non-communauté, le versement devrait profiter exclusivement à celui qui le fait ; tandis que d'après la disposition de la loi il profite à chacun pour moitié. Le bénéfice exclusif n'est assuré que si le versement est opéré à une époque où le conjoint du déposant a atteint le maximum de la rente ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de ce conjoint soit antérieurement au mariage, soit par donation, ont atteint le maximum des versements annuels (al. 6). Il en est de même d'après les al. 8 et 9, si l'un des conjoints étant absent ou éloigné depuis plus d'une année, l'autre s'est fait autoriser par le juge de paix à faire des versements à son profit exclusif. Appel de la décision du juge de paix

peut être interjeté devant la Chambre du conseil du Tribunal de première instance.

Mais c'est là une curiosité juridique, intéressante à signaler comme anomalie. Ce n'est pas un fait capital. La question importante est de savoir quel sera le quantum des restitutions dues par le mari à la femme ou par la femme au mari. Les deux éléments du problème sont le travail et le capital.

Plusieurs cas pratiques sont à distinguer suivant que les fonds engagés au commerce de la femme sont ou non soumis au droit de jouissance du mari.

1° La femme fait le commerce avec des biens ou de l'argent sur lesquels le mari a un droit de jouissance. Par exemple, sous le régime exclusif de communauté avec des biens dont elle est propriétaire, sous le régime dotal avec des biens dotaux, sous ces deux régimes avec des biens appartenant au mari.

Le caractère des avances consenties par le mari, de la jouissance d'immeubles abandonnée par lui varie suivant les circonstances. S'il a été stipulé des intérêts, si un prix de location a été fixé, ce sera un prêt, une location. Rien ne prouve en effet qu'il faille généraliser l'exception au droit commun de l'article 1595, Code civil. Les termes du contrat détermineront les obligations du mari.

Dans le cas où aucun de ces caractères ne se présenterait, l'abandon de jouissance consentie par le mari constituerait un contrat à titre gratuit. Ce serait une donation soumise à la révocabilité qui est de règle en matière de libéralité entre époux (article 1091, C. civ.).

Si les biens avec lesquels la femme commerce lui sont restituables, tout en étant l'objet de l'usufruit marital, leur abandon gratuit à la femme avant la dissolution du mariage présenterait tous les caractères d'une restitution anticipée. Le titre en vertu duquel la femme détient et gère les biens est nul. Il devra donc y avoir restitution par la femme au mari. Ce n'est pas à dire que cette restitution devra porter sur la totalité des bénéfices. « Les bénéfices, ainsi que le constate très justement M. Demogue (thèse 1897, *De la constitution de dot de biens à venir sous le régime dotal*, p. 121), ne sont pas uniquement les fruits des capitaux engagés. Ce qui excède le prix de leur jouissance n'est-il pas dû à l'habileté, aux capacités commerciales de la femme? L'article 548 du Code civil ne fait rendre les fruits au possesseur de mauvaise foi que déduction faite de ses travaux; ne faut-il pas tout au moins faire une déduction semblable pour ce qui représente le travail de la femme? Pour nous, la portion des bénéfices qui représente l'intérêt des capi-

taux doit être donnée en toute propriété au mari. Le surplus formera un bien à venir et suivra le sort de cette catégorie de biens. » Sous le régime sans communauté, ce surplus sera la propriété de la femme. L'évaluation du prix de la jouissance est une question d'appréciation. Il faudra procéder à une ventilation.

La même solution doit être adoptée pour déterminer, lors de la dissolution du régime, le montant des restitutions dues par le mari. « Nous sommes ainsi conduits à cette conclusion, écrit M. Thaller (*Annales de Droitcommercial*, année 1896, p. 207), que si, à la dissolution du régime, l'avoir du ménage se trouve encore augmenté des bénéfices résultant du commerce ou de l'industrie de la femme, il y aura lieu de liquider ses reprises en y comprenant ces bénéfices, pourvu que la part du mari soit récompensée par un émolument représentatif du capital engagé. Ce moyen terme est le seul procédé de liquidation compatible avec le droit, pour chacun des époux, de réclamer sa part résultant de l'apport, ici de valeurs et là de travail, qu'il avait respectivement constitué. » Ainsi faut-il soigneusement distinguer le *droit de jouissance* que peut avoir, d'après le régime matrimonial, le mari sur les bénéfices réalisés par la femme commerçante, de l'*indemnité* qui doit lui être allouée comme compensation de sa perte

de jouissance sur les capitaux engagés au commerce.

2° La femme exerce son négoce avec des capitaux dont le mari n'a pas la jouissance. C'est la femme qui fait marcher son commerce avec des paraphernaux ou qui recourt à l'emprunt à des tiers comme peut aussi le faire la femme mariée sous le régime sans communauté.

Le mari, dans ce cas, ne supportant aucune perte de jouissance, n'a droit à aucune indemnité.

Enfin un troisième et dernier cas peut se présenter. La femme fait le commerce partie avec des biens dont le mari a la jouissance, partie avec des biens sur lesquels il n'a aucun droit. La solution doit être mixte. Pour les derniers, aucune indemnité n'est due, mais pour les premiers il faudra évaluer le montant de la perte de jouissance subie par le mari et lui en tenir raison. De la sorte on tient compte à la fois du travail et du capital absorbé dans l'entreprise.

CHAPITRE II

EFFETS DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE QUANT AU MARI, AU POINT DE VUE DU PASSIF

Nous étudierons ces effets au triple point de vue des rapports du mari avec les créanciers de sa femme, des droits des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme et des rapports du mari avec sa femme.

§ 1. — *Situation du mari à l'égard des créanciers de sa femme*

Différentes questions se posent, le mari est-il tenu des dettes de sa femme ? de quelle façon et dans quelle mesure ? enfin, est-il commerçant ?

40. — Nous restons toujours dans l'hypothèse des régimes sans communauté et dotal avec constitution de dot sur les biens présents et à venir. En cas de séparation de biens ou de constitution dotale de biens présents, le mari ne peut-être en effet tenu des obligations de sa femme, car il n'y a entre eux aucun lien pécuniaire autre que l'obligation aux charges du ménage. Mais sous les deux premiers régimes le droit de jouissance

du mari ne va-t-il pas entraîner son obligation aux dettes?

On l'a pensé : si l'industrie de la femme a été constituée en dot, les produits, a-t-on dit, appartiennent irrévocablement au mari, étant les accessoires du principal, l'industrie. En conséquence, le mari sera tenu de la totalité des engagements contractés par la femme. En effet, sans cela, celle-ci n'aurait aucun crédit, ses biens étant dotaux sont inaliénables et son mari ne serait pas obligé!

Cette opinion détermine le *quantum* de l'obligation du mari, mais sans préciser la nature de sa dette. M. Thaller, dans un article publié dans la *Revue critique* de 1883, est plus hardi. Il part de ce principe, que celui-là des deux époux recueille les bénéfices et supporte les dettes, auquel le contrat de mariage avait attribué la gestion des valeurs engagées dans l'entreprise. Par conséquent, dans notre hypothèse, c'est le mari qui est tenu. La raison c'est que, s'il en était autrement, le principe de l'article 1395, Code civil, serait violé. Le mari est tenu commercialement et pour le tout : « c'est le mari qui est commerçant qui recueille les profits et subit les pertes, qui sera mis en faillite et sera responsable sur tout son patrimoine. » La femme d'ailleurs est commerçante à titre de caution, elle encourra donc la faillite également.

Donc, d'après cette première opinion, le mari est tenu pour le tout, commercialement, et revêt lui-même le caractère de commerçant. Nous avons déjà réfuté l'opinion qui prétend que l'industrie de la femme est constituée en dot. Ajoutons que l'impossibilité pratique qu'il y avait pour elle de commercer n'existe pas avec une rigueur telle qu'on le prétend. La femme peut en effet emprunter ou jouir d'un certain crédit.

Quant à l'opinion de M. Thaller, elle est peu acceptable, l'auteur l'a reconnu lui-même dans un article précité (*Annales de Droit commercial*, année 1896). Son point de départ ne semble pas en effet exact. L'article 1395 n'est pas violé, car ce serait admettre que l'opération est une restitution anticipée, alors qu'elle peut être considérée comme un prêt, une location. D'après lui, la femme n'est pas commerçante en nom propre : il y a mandat.

Cela est possible en fait. Il se peut que des signes révèlent qu'il en est ainsi. Il y a des cas où cela est à présumer, par exemple si le fonds de commerce est venu à la femme par succession ou donation. Le mari en a la jouissance. S'il l'abandonne à sa femme, celle-ci fait l'affaire du mari en jouissant du fonds. Dans l'hypothèse du mandat la femme ne saurait être tenue, car le mandataire, s'il oblige le mandant, n'est pas obligé.

Voir dans la femme une caution est arbitraire, et la considérer comme une commerçante est excessif, car une série de dettes commerciales ne rend pas commerçante la personne qui les contracte. D'ailleurs, la femme serait une commerçante dans une singulière posture : elle encourrait toutes les mauvaises chances, tous les risques sans participer aux gains. M. Thaller reconnaît le vice de son système : sous le régime sans communauté et sous le régime dotal (avec constitution de biens présents et à venir) « attribuer au commerce de la femme de pareils résultats, c'est déplacer cette grande règle de la justice distributive, qui veut que chacun soit récompensé suivant ses œuvres, c'est faire fleurir en plein XIX^e siècle cette loi des civilisations naissantes, d'après laquelle les acquisitions de la famille reviennent au chef de la maison. La résurrection d'un tel état de choses qu'on pourrait croire depuis longtemps abandonné et auquel il semblait que la Révolution française eût porté le coup de mort en affirmant les droits de l'individu, ne sera du goût de personne et de la femme moins que tout autre. Si elle envisage froidement la situation, surtout si le ménage est sans enfants, que la dissension y règne et qu'elle n'ait pas dans l'esprit d'économie du mari une confiance absolue, elle aimera mieux s'abstenir qu'agir en se sacrifiant. L'injustice paraît plus

flagrante encore lorsqu'on verra que la femme, quoique mandataire, est commerçante, tandis qu'un préposé ne l'est pas, encourt personnellement la faillite quand un préposé n'en est pas menacé ».

41.— Une pareille peinture n'est-elle pas la condamnation d'une interprétation qui engendrerait de semblables conséquences? Aussi d'après une seconde opinion le mari ne serait nullement tenu des dettes. On invoque les textes qui sont en effet formels.

D'après les articles 1426 du Code civil et 5 du Code de commerce, le mari n'est tenu que s'il y a communauté, or comme nous sommes en matière de non-communauté, il faut en conclure que le mari n'est nullement obligé. Cette théorie est acceptable quand on refuse au mari les bénéfices, il est tout naturel qu'il ne soit pas tenu des dettes. C'est l'avis de M. Demolombe. D'autres pensent que le mari touche les fruits, sans toutefois être tenu des dettes (Laurent, XXIII, n° 33).

42. — Cette dernière solution nous semble contraire à l'équité, et nous avons rejeté le premier terme de celle de M. Demolombe; il ne nous est donc pas possible d'adopter ce qui en fait la contrepartie. L'argument de texte qui milite en faveur de la non-obligation du mari nous paraît décisif. Le mari n'est pas tenu, mais la femme, elle, est tenue,

donc elle engage la nue propriété de ses biens. Les créanciers de la femme commerçante n'ont cependant pas le droit d'exécution sur les biens dotaux. Ils ne pourront donc agir sur les bénéfices capitalisés et dotalisés. L'autorisation du mari leur donne cependant un droit plus étendu : elle équivaut à une renonciation éventuelle du mari à son droit de jouissance. Il faut en conclure que la femme oblige la pleine propriété de ses biens et engage tous ceux que la dotalité n'a pas rendus inaliénables. Le mari voit une restriction à ses droits sur le patrimoine de sa femme, mais il n'est nullement obligé sur son patrimoine propre. Le mari reconnaît dans cette mesure les conséquences des actes commerciaux de sa femme, au point de vue du passif. Comme il n'y a, en réalité, qu'une débitrice, la femme, le mari ne sera mis en cause qu'aux fins d'autorisation, et la juridiction consulaire sera compétente.

§ 2. — *Situation des créanciers du mari au regard de l'actif commercial de la femme*

43. — La séparation des patrimoines des époux est un obstacle à ce que les créanciers du mari puissent atteindre le gage des créanciers de la femme.

La femme, supposons-nous, fait le commerce avec sa dot. Dans cette hypothèse même, il est cependant des cas où le mari est considéré comme propriétaire de la dot. Il en est ainsi lorsque dans le contrat de mariage il a été fait une estimation de la dot. On assimile cette évaluation à une vente suivant la conception romaine : *æstimatio venditio est*. La même solution est admise quand la dot se compose de choses destinées à être vendues, telles des marchandises ou consommables par le premier usage, comme de l'argent. Le mari peut, en vertu de son droit de propriété, aliéner ces valeurs, ses créanciers ont le même droit. Il ne faut pas en déduire qu'ils ont action sur l'actif commercial de la femme. En effet, celle-ci détient les fonds et valeurs nécessaires à son exploitation commerciale en vertu d'un titre régulier, par exemple d'un prêt consenti par le mari. Le fonds de commerce acquis ou créé par suite de ce contrat à titre onéreux constitue un bien paraphernal. Les créanciers du mari ne pourront agir que dans les conditions du contrat de prêt, c'est-à-dire lorsque le remboursement de la somme avancée par le mari sera exigible. Ils seront en concurrence avec les autres créanciers de la femme. Bien plus, ils n'auront aucune action à exercer du chef du mari leur débiteur, si par suite de la dissolution du régime matrimonial la

femme est en droit d'exiger du mari la restitution de sa dot. Débitrice envers lui d'une somme de cinquante mille francs à titre de prêt, elle est créancière de pareille somme, en vertu de son contrat de mariage. Les deux dettes étant liquides, certaines et exigibles, il s'opérera une compensation, le mari, et par voie de conséquence ses créanciers, verra sa créance éteinte.

44. — Mais il se peut que la dot ne se compose pas de choses fongibles ou consommables par le premier usage, il se peut aussi qu'il n'y ait pas estimation. Quelle va être dans cette hypothèse la situation des créanciers du mari vis-à-vis de l'actif commercial de la femme? Le commerce est exploité à l'aide de valeurs mobilières dotales, par exemple la femme s'est constitué en dot le fonds de commerce que son mari l'autorise à faire valoir. Le fait de l'autorisation de faire le commerce ne donne pas à la femme le droit d'aliéner le fonds, elle ne peut que l'exploiter. La jurisprudence, dans de nombreux arrêts, reconnaît au mari seul le pouvoir d'aliéner la dot mobilière ainsi constituée (v. Cassat., 1^{er} août 1866. S. 1866, 1. 373. V. Cassat., 13 janvier 1874. S., 1874, 1, 160). Les créanciers du mari ne seront-ils pas fondés à dire : « Puisque le mari dispose des valeurs mobilières, il peut les aliéner d'une manière indirecte en s'endettant,

ses créanciers peuvent donc prétendre que ces choses font partie de leur gage général. Ce raisonnement, écrit M. Chavegrin (*Journal du Palais*, 1886, p. 42, quoiqu'un auteur éminent le déclare irrésistible (v. Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n^{os} 3243 à 3245. V. aussi, Caen, 18 juillet 1854, S., 1856, 2, 180), ne serait que spécieux: les créanciers du mari ne sauraient comme tels saisir les meubles dotaux, parce que ces meubles n'appartiennent pas à leur débiteur qui en a sans doute l'administration avec des pouvoirs exceptionnellement larges, mais qui, hormis certaines hypothèses, n'en est point propriétaire (v. argument des articles 1549, 1551, 1552, etc.), V. en ce sens, Nîmes, 5 décembre 1860. D., 1861. 832. » Ainsi la prétention des créanciers, si elle se faisait jour ne serait pas justifiée.

§ 3. — *Situation du mari à l'égard de sa femme*

45. — Nous venons d'étudier le droit de poursuite des créanciers; il reste à déterminer comment sera réparti définitivement le passif contracté par la femme dans son commerce.

D'après la solution que nous avons adoptée dans le premier paragraphe, le mari n'a droit à aucune indemnité. La perte de jouissance qu'il a

subie est la contre-partie nécessaire de l'augmentation de jouissance dont il aurait bénéficié en cas de gestion heureuse.

Dans le cas où les bénéfices ne seraient pas devenus dotaux, « s'il y a eu consommation d'une partie de ces bénéfices, on imputera d'abord l'argent dépensé sur ce qui revenait au mari, sur l'intérêt, valeur de jouissance, destinée en première ligne à être consacrée aux exigences du ménage. Le reste servira à remplir la femme de ses droits, non pas seulement de la reprise de la dot ancienne, mais de ses bénéfices » (M. Thaller, *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 207).

Si l'on admet, au contraire, que la femme est la mandataire du mari, ainsi que nous l'avons vu dans la première opinion, il faut reconnaître que le mari est tenu de l'indemniser des pertes qu'elle aura subies par le fait du mandat. La femme aura recours contre son mari, mais la plupart du temps celui-ci sera insolvable et d'ailleurs ne pourra pas la relever des conséquences fâcheuses de la faillite, puisque dans cette doctrine non seulement la femme est mandataire, mais elle est commerçante.

APPENDICE

PROTECTION ACCORDÉE AUX GAINS DE LA FEMME DANS CERTAINES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — PROJET DE LOI EN FRANCE

46. — Les risques résultant, pour la femme, de la mauvaise gestion des affaires du ménage par le mari, sont restreints dans les régimes de non-communauté. Le mari ne peut aliéner le fonds de commerce qui appartient à sa femme, et il ne peut disposer des bénéfices résultant de ce fonds, une fois ceux-ci capitalisés (n° 38). La femme, propriétaire, peut les aliéner, avec l'autorisation de son mari ou de justice, à moins qu'ils soient devenus dotaux.

Au contraire, il est fort à craindre, sous les régimes de communauté, que le mari dissipateur ou débauché s'empare des gains réalisés par sa femme, pour satisfaire, au détriment du ménage, ses besoins personnels et ses passions. Le danger est d'autant plus grave que la communauté est le régime des pauvres gens. Or, a dit M. Goirand (*Proposition de loi sur la capacité des femmes*

mariées de disposer du produit de leur travail ou de leur industrie personnels), elle a, pour maître absolu, le mari, qui dispose à son gré et sans contrôle des biens qui la constituent et parmi eux des gains qui peuvent résulter du travail de la femme.

L'auteur de cette proposition de loi a eu surtout en vue de remédier à la situation faite par le régime de droit commun, à la femme de l'ouvrier. Mais la disposition législative proposée s'appliquerait aussi aux gains réalisés dans un commerce séparé, par une femme mariée commerçante. La condition, en effet, c'est que le gain ait été obtenu sans la collaboration du mari : il s'agit du produit du travail ou de l'industrie *personnels*. Les commerçants aisés font généralement un contrat de mariage, dans lequel des mesures de protection sont prises à l'égard des biens de la femme. Mais il faut admettre qu'il y a un grand nombre de petits commerçants à qui leur modeste position ne permet pas les frais d'un contrat ; et il faut aussi reconnaître que même dans les classes aisées la débauche, si elle revêt des formes plus élégantes que dans le milieu ouvrier, n'en constitue pas moins un péril pour les bénéfices et le fonds de commerce de la femme. Le jeu surtout, avec la ruine presque certaine, est à redouter. Ainsi, les mesures de protection dont on veut

entourer la femme de l'ouvrier, seront d'une utilité au moins égale à la femme marchande publique (voir n° 8).

47. — Les conséquences iniques qui peuvent résulter pour la femme et les enfants de cette maîtrise absolue du mari ont déterminé, dans ces trente dernières années, les législateurs de différents pays, à accorder à la femme des garanties. On a recouru à deux moyens : changer le régime légal, adopter la séparation des biens comme régime de droit commun ou maintenir la communauté légale en la modifiant.

48. — La législation anglaise nous offre un exemple de l'emploi du premier moyen. Avant 1870, le système de la *common law* attribuait au mari la propriété complète, et sans réserve, de tous les gains que la femme pouvait faire pendant le mariage : le mari n'avait aucun compte à en rendre, même à la dissolution du mariage.

La jurisprudence des cours d'équité avait permis, au moyen d'un détour, de constituer un patrimoine propre, *separate estate*, à la femme. On recourait à une personne appelée *trustee* ou fiduciaire¹, à qui on remettait les biens, pour les posséder au compte de la femme. La femme con-

1. On emploie généralement l'expression *fidéicommissaire* qui est inexacte.

servait ainsi, par ce *trustee*, qui pouvait être même son mari, l'administration de ses biens propres et le droit d'en disposer.

La loi du 9 août 1870 décida que les profits réalisés par la femme dans tout emploi, industrie ou *commerce*, ou par suite de travaux littéraires, artistiques ou scientifiques, les biens meubles et les revenus des immeubles, seraient affectés à son usage, sans contrôle de son mari.

Les femmes étaient autorisées à placer en leur nom les fonds leur appartenant. Les créanciers du mari n'avaient sur les biens de la femme, ainsi spécifiés, aucun droit, sauf leur recours en cas de fraude. Il en était ainsi quand le placement fait au nom de la femme avait été effectué avec les deniers du mari.

Les créanciers de la femme ont pour gage les biens personnels de la femme. Lorsque leurs créances sont antérieures au mariage, ils peuvent actionner le mari, mais seulement dans la mesure où il devient propriétaire des biens de la femme. Cette règle équitable avait été établie par l'acte de 1874.

Enfin, la loi de 1882 : *An act to consolidate and amend the acts relating to the property of married women*, exécutoire à dater du 1^{er} janvier 1883, et le *summary jurisdiction* (Married women's Act) du 6 juillet 1895, sont venus fondre des lois anté-

rieures qu'ils abrogent et compléter l'émancipation de la femme mariée. La femme mariée est capable d'acquérir et tenir comme sa propriété séparée tout bien réel et personnel, et d'en disposer par testament, ou autrement de la même manière que si elle était non mariée (in the same way as if she was a feme-sole), et sans qu'il soit besoin de l'intervention d'un *trustee* (voir Guillaouard, *Traité du Contrat de mariage*, t. I, p. 62).

La femme possède comme propriété séparée tous les gains qu'elle peut réaliser au cours du mariage, tous les bénéfices qu'elle a pu acquérir avant de se marier, de même pour le fonds de commerce acquis à titre onéreux, antérieurement au mariage ou pendant celui-ci.

Elle a seule l'administration, la jouissance et l'administration de son exploitation commerciale.

Elle s'oblige seule par ses contrats, même avec son mari, et peut ester seule en justice, même contre son mari.

C'est, on le voit, l'émancipation la plus complète de la femme mariée, c'est la séparation absolue des intérêts pécuniaires, avec pleine liberté pour chacun des époux d'en disposer à son gré, à moins de conventions contraires (settlement) dressées avant le mariage.

« Cette législation, dit M. Esmein (*Sur la condition privée de la femme*, de M. Gide, p. 269),

a été très favorablement accueillie par la presse et par le public, mais il semble qu'elle ait trouvé auprès des juristes de profession un accueil moins favorable. Les jurisconsultes poussent souvent très loin l'esprit de conservation : ils savent d'ailleurs quels pièges inconnus recèle parfois la réforme radicale d'un droit ancien, auquel on avait su se faire, malgré ses vices, et dont on connaissait tous les détours. »

Serait-il désirable que ce régime devînt le nôtre? « Ce qu'il convient de dire seulement, c'est que ce régime est pour l'Angleterre une formation historique. Rien ne paraît le recommander en France comme régime de droit commun. Ne suffit-il pas ici de laisser aux futurs époux toutes facilités de le stipuler, en y ajoutant, si l'on veut, comme corollaire, la complète capacité civile de la femme, dont l'incapacité ne se justifie peut-être pas très bien lorsqu'il n'y a pas d'association d'intérêt entre les deux conjoints? La communauté est le régime historique pour une très grande partie de la France, son domaine s'est agrandi depuis la mise en vigueur du Code civil, à l'abri du principe de la liberté des conventions matrimoniales. Il a d'ailleurs une valeur économique et une valeur morale, étroitement liées l'une à l'autre, et qu'il ne faut pas s'exposer à compromettre dans le but d'augmenter l'indépendance

de la femme » (M. Bufnoir, *Ann. de Législat. étrangères*, années 1895-1896, p. 174).

49. — Le maintien de la communauté est donc à souhaiter en France, mais, pour obvier aux inconvénients qui en résultent, il faut qu'elle soit amendée. Ce second moyen a été généralement préconisé. Nous envisagerons, aux différents points de vue examinés dans notre première partie, les effets, à l'égard du mari, des actes de la femme commerçante, sous le régime nouveau.

§ 1. — *De l'actif. — Effets à l'égard des tiers*

Le mari a-t-il l'exercice des actions relatives au produit et à la rémunération du travail personnel de sa femme ? Les lois suédoises du 11 décembre 1874, danoise, du 7 mai 1880 et norvégienne du 29 juin 1888, sont muettes sur la question. La proposition de loi française observe le même silence (*Journal officiel*, annexe 1895, p. 1472, n° 1609). C'est donc le droit commun qu'il faut appliquer. Les biens acquis par la femme étant, comme nous le verrons (voir n° 50) communs, l'exercice des actions appartient au mari.

La loi cantonale de Genève du 7 novembre 1894 a introduit une dérogation à ces principes.

La femme peut ester en justice, sans autorisation, pour établir même par témoins la provenance de ces biens personnels. Le projet belge, adopté récemment par la section centrale de la Chambre des Représentants (Journal *La Loi*, numéro du 22 mars 1899) reproduit ces dispositions et va jusqu'à admettre la preuve par commune renommée (article 2). Mais il ne faut pas s'y méprendre, il ne s'agit que du droit pour la femme d'établir judiciairement la *provenance* de ses biens personnels, elle n'est pas pour cela autorisée à agir elle-même contre ses patrons ou employeurs en réclamation, par exemple, de salaires dus ou de dettes commerciales contractées par eux envers elle.

50. — *Effets entre époux*. — Il faut, à cet égard, distinguer la situation du mari pendant le mariage et à sa dissolution.

Il y a sur les restrictions à apporter aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté, unanimité au moins sur le principe, entre les nouvelles réformes législatives et les projets de la loi française et belge. La loi norvégienne, dans son article 31, fournit la formule de ce type commun : « La femme a le droit, même lorsqu'il y a communauté et que par suite les produits de son industrie personnelle sont biens communs, de disposer exclusivement de ce qu'elle gagne par

cette industrie... » L'idée fondamentale, c'est la liberté pour la femme de toucher les sommes par elle gagnées et d'en disposer librement. La loi genevoise et le projet belge se sont servis d'expressions ambiguës. L'une se réfère aux droits de la femme séparée de biens, conformément à l'article 1449 du C. civ., l'autre déclare dans son article premier que les biens personnels de la femme sont régis par la séparation de biens judiciaire. Cette rédaction défectueuse fait naître deux questions : La femme peut-elle disposer de ces biens sans autorisation ? et ces biens ne font-ils plus partie de la communauté ?

Sur le premier point l'intention des novateurs est évidente, on a voulu donner à la femme commune le droit de disposer de ce qu'elle gagne, mais on a eu le tort de se référer à une disposition du Code civil diversement interprétée. Les uns, prétendent en effet, que la femme peut disposer à son gré de ses biens mobiliers, tandis que les autres soutiennent que l'aliénation ne peut avoir valablement lieu que dans la limite des pouvoirs d'administration conférés à la femme par le régime de la séparation de biens. Quant au second point, les explications fournies au cours des débats, lors de la discussion de la loi genevoise (*Tribune de Genève*, 10-11 février 1895), montrent à l'évidence que dans la pensée du

législateur la *composition* de la communauté n'est pas modifiée. — Les gains ne sont pas des propres. Il y a une modification aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté : la femme acquiert l'administration et la disposition d'une partie des biens communs.

51. — L'étendue des biens soumis aux pouvoirs d'administration et de disposition de la femme varie suivant les législations. La loi suédoise et le projet français limitent aux gains mêmes les pouvoirs de la femme. Plus sages et plus libérales, les lois genevoise, norvégienne et danoise, suivies par le projet belge, les étendent aux biens qui sont prouvés acquis à l'aide des sommes qu'elle a touchées comme rémunération de son travail. La femme, ainsi, n'a pas la tentation de dépenser ses bénéfices à la légère pour les soustraire à un mari dissipateur. La loi lui offre au contraire, un encouragement à grossir son épargne, à capitaliser ses bénéfices.

52. — Bien plus, on a voulu que la protection accordée à la femme fût efficace jusqu'à la dissolution du mariage. Les gains industriels ou les bénéfices commerciaux de la femme étant communs, doivent être partagés par moitié lors de la dissolution de la communauté. Il arrivera, si la femme renonce, que le mari les recueillera seul. Un semblable résultat a paru inique, aussi les

législateurs belge et genevois ont imaginé pour la femme ou ses héritiers un droit d'option. L'article 4 de la loi genevoise dispose : « A la dissolution de la communauté, le mari ou ses héritiers pourront exiger que les biens personnels de la femme acquis conformément à l'article premier de la présente loi soient rapportés à la communauté. Si la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté, ils ne seront pas soumis à cette obligation. »

« Il y a là, en fait, dit M. Bufnoir (*loc. cit.*, p. 174), une combinaison ingénieuse, qui assure définitivement à la femme le pécule qu'elle s'était constitué, lorsqu'elle renonce à la communauté, en lui laissant si elle le préfère, le droit au partage de la communauté dans des conditions équitables, puisque alors la masse à partager comprendra ses gains et économies, en même temps que ceux qui auront pu être réalisés par le mari. »

Il est regrettable que la proposition de loi française n'ait pas adopté ce mode à la fois ingénieux et équitable de justice distributive. C'est la mise en pratique de la règle qui veut que chacun soit récompensé suivant ses œuvres.

§ 2. — *Du passif*

53. — Il n'est rien innové dans les rapports du mari avec les créanciers de sa femme, pas plus d'ailleurs que dans ses rapports avec sa femme.

Mais une modification profonde a été opérée dans les droits des créanciers du mari, sur l'actif commercial de la femme. Les gains de la femme et les acquisitions qui en proviennent « sont soustraits, *du vivant de la femme*, à l'exécution des dettes contractées par le mari, sans son consentement exprès » (article 31 de la loi norvégienne du 29 juin 1888). La législation danoise, suédoise, genevoise et le projet belge ont adopté cette disposition. Il faut même aller plus loin et admettre que dans ces deux derniers pays les créanciers du mari seront sans action sur les biens personnels de la femme si elle renonce à la communauté. Cela semble bien résulter de l'article 1^{er} du projet belge, qui met les gains et les acquisitions qui proviennent du travail personnel de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, tel qu'il a été adopté par la Chambre des représentants.

Le projet français est muet sur ce point. Mais,

comme l'article 1^{er} du projet de loi est la reproduction de la proposition de M. Goirand, il nous est facile de connaître l'opinion du législateur français. Il est tout à fait opposé à ce que les pouvoirs conférés à la femme fassent échec aux droits des tiers contre les biens de la communauté.

54. — On peut se demander quelle sera l'efficacité d'un semblable remède. Les biens acquis par la femme au moyen de ses gains sont à la disposition du mari et de ses créanciers, et les salaires industriels ou bénéfices commerciaux s'ils échappent au mari sont à la merci de ses créanciers. On permet indirectement ce qu'on refuse directement. C'est d'une conception un peu naïve. — Si l'on remarque, d'autre part, qu'en fait, les gains réalisés par l'industrie personnelle de la femme sont toujours versés directement entre les mains de celle-ci, ce qui est évident pour la femme commerçante, et d'usage courant pour la femme ouvrière; que même, en ce qui concerne cette dernière, certains patrons payent à la femme le salaire du mari, le seul avantage du projet de loi français est de mettre d'accord la loi avec les faits. La timidité de nos innovateurs, leur crainte excessive des fraudes possibles, les a empêchés de réaliser le but qu'ont atteint les législateurs étrangers : greffer sur la communauté la réserve

au profit de la femme d'un pécule provenant de ses gains personnels. En définitive, le projet français, tel qu'il a été voté par la Chambre, n'est qu'une réforme d'apparence sans aucune portée pratique.

Paris, 3 mai 1899,

Le Président,

CH. LYON-CAEN.

VU PAR LE DOYEN,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE

Nos	Pages
1. Capacité de la femme commerçante.....	5
2. Condition de la femme mariée.....	6
3. Répercussion des actes de la femme commerçante.	7
4. Division du sujet.....	8

PREMIÈRE PARTIE

Régimes de Communauté

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTIF

5. Sens large du mot <i>communauté</i>	13
--	----

§ 1. *Effets à l'égard des tiers*

6. Des créances, de leur exercice en justice	13
7. Condition de la femme commune séparée judi- ciairement.....	15

§ 2. *Effets entre époux*

8. Pouvoirs du mari sur le fonds de commerce com- mun, sur les créances commerciales.....	17
8 <i>bis</i> . Fin des pouvoirs du mari.....	17
9. Acquisition d'un fonds de commerce propre à la femme	18
10. L'estimation d'un fonds de commerce vaut-elle vente?.....	23

N ^{os}	Pages
11. Sort des bénéfices commerciaux.....	27
12. Preuve du caractère propre du fonds.....	30
Charge de la preuve	

CHAPITRE II

DU PASSIF

13. Obligations de la femme non autorisée.....	38
14. — — autorisée de justice.....	38
15. — — du mari.....	47
16. Comment est obligée la communauté.....	48
17. La femme commerçante oblige le mari.....	50

§ 1. *Rapports du mari avec les créanciers de sa femme*

18. <i>Qui auctor est non se obligat</i>	51
19. Théorie de la confusion.....	52
20. Théorie de la société.....	57
21. Théorie du mandat.....	59
22. Théorie de l'adhésion.....	61
23. Tribunal compétent.....	68
24. Le mari est-il commerçant?.....	72
25. La femme commerçante n'est pas la préposée du mari. Quasi-délit.....	76

§ 2. *Des droits des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme*

26. Théorie de Savary.....	81
27. Théorie de la société.....	86
28. Théorie du retrait d'autorisation. Droit personnel.	86

§ 3. *Rapports du mari avec sa femme marchande publique*

29. Récompense entre époux.....	88
30. Charge de la preuve.....	89

DEUXIÈME PARTIE

Régimes de Non-Communauté

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTIF

Nos	Pages
31. Divers régimes de non-communauté.....	93

§ 1. *Rapports du mari avec les tiers*

32. Le mari a l'exercice des actions.....	95
---	----

§ 2. *Rapports entre époux*

33. Droit de jouissance du mari.....	96
34. Attribution des bénéfices commerciaux au mari..	98
35. — — — à la femme..	99
36. Attribution mixte.....	101
37. Caractère des bénéfices commerciaux, fruits ou produits.....	105
38. Bénéfices capitalisés.....	107
39. Restitutions dues par le mari.....	111

CHAPITRE II

DU PASSIF

§ 1. *Situation du mari à l'égard des créanciers de sa femme*

40. Le mari seul obligé.....	119
41. La femme seule obligée.....	123
42. La femme oblige ses biens en pleine propriété....	123

§ 2. *Situation des créanciers du mari au regard de l'actif commercial de la femme*

43. Cas où le mari est propriétaire de la dot.....	124
44. Cas de la dot mobilière.....	126

N ^{os}	Pages
§ 3. <i>Situation du mari à l'égard de sa femme</i>	
45. Différents cas.....	127

APPENDICE

46. Protection accordée aux gains de la femme dans certaines législations étrangères, propositions de loi en France. — Conséquences fâcheuses pour la femme, des droits excessifs du mari.....	129
47. Mouvement législatif.....	131
48. Législation anglaise.....	131
49. Modification de la communauté. <i>Actif</i> , effets à l'égard des tiers.....	135
50. Effets entre époux.....	136
51. Étendue des biens soumis aux pouvoirs de la femme.....	138
52. Option accordée à la dissolution de la communauté.	138
53. <i>Du Passif</i> . — Des droits des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme.....	140
54. Critique du projet français	141

ERRATA

Page 28, ligne 25. — Lire : on aurait pu croire que
le principe *était*. .

Page 30, ligne 2. — Lire : les produits des carrières et
mines...

Page 45, ligne 23. — Lire : Enfants de famille et
femmes mariées...

Page 68, ligne 25. — Lire : il y a bien un double lien,
le créancier étant en présence..

Page 84, ligne 7. — Lire : Ainsi l'on peut dire qu'une
marchande publique. .

Page 109, ligne 4. — Lire : Cela serait *vrai*...
